Die Verwertbarkeit des Nacherbenrechtes.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität Marburg.

Vorgelegt von

Referendar

Anneliese Hempelmann.

1927.

W. Auffurth's Buchdruckerei, Brake i. O.

Als Dissertation von der juristischen Fakultät angenommen
am 4. April 1927
Berichterstatter Prof. Dr. Erich Jung.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Einteilung.

Literatur-Verzeichnis.

Abrahamsohn: In der Deutschen Juristen-Zeitung 1903, S. 343.

Bayrisches Gesetz- und Verordnungsblatt von 1919.

Bayrisches Justiz- und Ministerialblatt von 1919.

Bergk: Übertragung und Pfändung künftiger Rechte, Dissertation Halle 1912.

Binder: Die Rechtsstellung des Erben nach dem BGB, 1903.

Boehm: Das Erbrecht des BGB, 1900.

Breit: Die Geschäftsfähigkeit, 1903.

Code civil von 1810.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II, 7/. Aufl. 1922.

Crome: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Bd. I, 1900, Bd. V, 1912.

Dernburg: Lehrbuch des preußischen Privatrechts, Bd. II, 4. Aufl. 1896.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht, Bd. 5, 1905.

Du Chesne: Das Reche des Nacherben. Im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, 1908.

Du Chesne: Anwartschaften. Im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Bd. 9.

Du Chesne: In der Posener Monatsschrlft von 1910.

Eccius: Zur Frage der Abtretung künftiger Forderungen. In DZ 1904..

Eccius: Das Wesen der Verfügung im Bürgerlichen Gesetzbuch. In Gruch. Beitr. Bd. 48.

Endemann: Die Rechtsstellung des Erwerbers eines Erbanteils. In JW 1910.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, Bd. III, 8/9. Aufl. 1915.

Enneccerus: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. I. Abt. 1888, 1889.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil 1924, Sachenrecht 1923, Erbrecht 1923.

Eßlinger: Der Erbschein.

Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht, Bd. 4, 7. Aufl., Bd. 4, 1897.

Fromhold: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1900.

Fuchs: Vermögen und Vermögensverwaltung, 1911.

Gaupp-Stein: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Bd. II, 10. Aufl. 1911.

Goldmann: Abtretung und Pfändung des Berechtigungsanspruchs in Gruch. Beitrag Bd. 62.

Grünebaum: Die Verfügung über zukünftige Forderungen im Recht, 1913.

Grünebaum: Zur Frage betreffend Verfügungen über künftige Forderungen. In JW 1910.

Güthe: Kommentar zur Grundbuchordnung Bd. I, 4. Aufl. 1923.

Hellmann: In der Kritischen Vierteljahrlsschrift 1902, S. 16.

Hellwig: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, 1901.

Hellwig: System des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. I, 1912.

Heuer: Ist die Abtretung zukünftiger Forderungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch möglich? In DJZ 1914.

Hinz: Das Recht des Nacherben vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge und seine Verwertbarkeit. Diss. Greifswald 1915.

Hölder: Besprechung von C. Mayers Verfügung über künftige Rechte. In DJZ 1914.

Jastrow: Formularbuch, 14. Aufl. 1903.

Jaeger: Die Anwartschaft des Nacherben. Diss. Leipzig 1918.

Jhering: Geist des römischen Rechts, Teil III, 6. Aufl. 1907.

Kammergerichts-Entscheidung, Bd. 42.

Kammergerichts-Entscheidung in der Rhein. Not.-Ztg. 1901 S. 118.

Koch: Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, Bd. 2, 8. Aufl. 1896: Kommentar.

Köhler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 8. Aufl. 1896.

Kretzschmar: Das Erbrecht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl. 1813.

Kreß: Die Erbengemeinschaft, 1910.

Lederle: In der Badischen Rechtsprechung, 1904, S. 208.

Leonhard, Franz: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. V. Das Erbrecht, 1912.

Leonhard, Franz: Die Wahl bei der Wahlschuld, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte. In Jher. Jahrb. Bd. 41.

Lippmann: Übertragbarkeit künftiger Forderungen. In DJZ 1909.

Loosch: Das Recht des Nacherben und seine Abtretbarkeit. Diss. Breslau 1921.

Lützeler: Abtretung der Geschäftsanteile einer G. m. b. H. In der Zeitschrift des Deutschen Not.-Verbandes, 1901.

Mannhardt: Die Verwertbarkeit des Rechtes des Nacherben durch Verpfändung vor Eintritt des Nacherbfalles. Diss. Greifswald 1911.

Märker: Nachlaßbehandlung, 19. Aug. 1917.

Mayer: Die Pfändung der Eigentümerhypothek. In Gruch. Beitr. Band 56.

Meischeider: Letztwillige Verfügung nach dem BGB. 1910.

Meyer, Paul: Das Erbrecht des Bürgerl. Gesetzbuches, 1910.

Mittag: Die Befugnis des Nacherben über seine erbschaftlichen Rechte vor Eintritt des Nacherbfalles zu verfügen. Diss. Rostock 1912.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, V, 1896.

Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. Band II, 4. Aufl. 1905.

Oehm: Die Anwartschaft des Nacherben. Diss. Tübingen 1923.

Oertmann: Die Rechtsbedingung, 1924.

Oertmann: Im Archiv f. d. ziv. Praxis. Bd. 113 S. 51 ff.

Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse, Kommentar 1905.

Österreichisches Gesetzbuch von 19'2.

Peyser: Handbuch des Testamentsrechts. 2. Aufl. 1907.

Petersen-Anger: Die Zivilprozeßordnung des Deutschen Reiches. 5. Aufl. 1906.

Planck: Kommentar z. Bürgerl. Gesetzbuch, Bd. 2, V, 3. Aufl. 1908.

Pfaff-Hoffmann: Kommentar zum österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 1877.

Predari: Kommentar zur Grundbuchordnung. 2. Aufl. 1913.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs zum BGB., Berlin 1902.

Raape: Das gesetzliche Veräußerungsverbot des BGB., 1908.

Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, Bd. II und V; 5. Aufl. Berlin 1923.

Richter: Die Übertragbarkeit des Nacherbrechtes. Diss. Greifswald 1914.

Riesenfeld: Die Erbenhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Teil II, 1916.

Salinger: Die Nacherbfolge nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, im Arch. für bürgerl. Recht, Bd. 19.

Scherer: Im Zentralbl. f. freiw. Gerichtsbarkeit, Bd. 2, S. 287.

Semeka: Das Warterecht. Im Arch. f. Bürg. Recht, Bd. 35.

Seuffert: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. 2, 11. Aufl. 1911.

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 1926.

Sohm: Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung. Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 28, S. 173 ff.

Staub: Kommentar zum Gesetz betreffend die G. m. b. H., Berlin 1913.

Staudinger-Herzfelder: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5, 7/8. Aufl. 1914.

Stohn; Abtretung des künftigen Nacherbteils, Diss. Greifswald 1919.

Strauß: Ist die Abtretung zukünftiger Forderungen nach dem BGB. möglich? In der DJZ. 1908.

Striethorst: Archiv Bd. 65, S. 43, 83; Bd. 91, S. 91 und 141.

Strohal: Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des Bürgerl. Gesetzbuches, Bd. I und II, 3. Aufl. 1903, 1904.

Süß: Abtretung künftiger Ansprüche, Diss. Erlangen 1910.

Thiesing: Einige Bemerkungen über das Rechtsverhältnis zwischen Vor- und Nacherben. Arch. für ziv. Praxis Bd. 94.

Tschierschky: Das Recht des Nacherben. Diss. Heidelberg 1915.

v. Thur: Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil des BGB. 1910.

v. Thur: Unwiderrufliche Vollmacht. In der Festschrift f. Laband. 1908.

v. Thur: Abtretung künftiger Forderungen. Im Bankarch. 1907.

v. Thur: Verfügungen über künftige Forderungen. DJZ. 1909.

Wäntig: Verfügungsrecht des Nacherben über seine Rechte vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge. Zeitschr. d. Dtsch. Not.-Verb. 1906.

Wendt: Verfügungen über Erbschaftsteile. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 89.

Wienstein: In Gruch. Beitr. Bd. 8, S. 305 ff.

Wilke: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 5, 1900.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. III, 3. Aufl. 1906.

Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft, 1908.

Zitelmann: Internationales Privatrecht, 1898.

Die im Text angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts und verschiedener Oberlandesgerichte.

§ 1. Einleitung.

Nach den Vorschriften des BGB. §§ 2100 ff. ist es möglich, jemanden als Erben einzusetzen mit der Bestimmung, daß nach seinem Tode sein Vermögen als Ganzes auf einen Dritten, den Nacherben, übergehen soll. Bis zu diesem Zeitpunkt ist der sogenannte Vorerbe wahrer Erbe, nicht nur Nießbraucher, wie im gemeinen Recht, sondern Herr des Nachlasses und berechtigt, Verfügungen unter Lebenden vorzunehmen, ausgenommen solche über Grundstücke und Schenkungen, soweit das Recht des Nacherben dadurch beeinträchtigt wird (§§ 2112, 2113 ff. BGB.). Dem Nacherben steht zwischen Voranfall[1]) und Nacherbfall lediglich die Aussicht zu, später einmal Erbe zu werden; Erbenstellung und ein Recht über den Nachlaß zu verfügen verschafft ihm erst der Eintritt des Nacherbfalls. Das Wesen der Nacherbschaft ist somit eine Aufeinanderfolge mehrerer Erben unter besonderer Berücksichtigung des Vorerben. Aber gerade der Nacherbe und seine Gläubiger haben oft das größte Interesse daran; besonders, wenn es ungewiß ist, ob ersterer überhaupt noch den Eintritt des Nacherbefalles erleben wird, schon jetzt das dem Vorerben zustehende Recht praktisch zu verwerten. Die Regelung des BGB hinsichtlich des Instituts der Nacherbfolge erweist sich als großer Fortschritt gegenüber dem gemeinen und römischen Recht.

Im römischen Recht bestand die Einrichtung des Universalfideikommisses. Materiell betrachtet war es ein Vermächtnis, bot jedoch dem Erblasser die Möglichkeit, den bis dahin geltenden Grundsatz semel heres semper heres zu durchbrechen.

Eine weitere Stufe in der Entwicklung des Nacherbenrechtes bedeutete die S. C. Trebellianum unter Nero (62 p.

---

[1]) Strohal, Erbrecht § 28.

Chr.), wodurch der bis dahin nicht haftende Fideikommissar als Inhaber einer Quote der Erbschaft auch bei der Regelung der Nachlaßverbindlichkeiten herangezogen wurde[2]). Mit dem übrigen römischen Recht wurde auch das Institut des Universalfideikommisses rezipiert und dem deutschen Rechte einverleibt, das bis dahin nur eine vertragsmäßige Erbeinsetzung kannte. Wichtig ist, daß der Nacherbe nunmehr wahrer Erbe ist, inbesondere seine Berufung nach den Vorschriften über Erbeinsetzung geschieht.

Eine besondere Regelung der Nacherbfolge traf der Code civil von 1810, der in den Artikeln 896, 897, 1048/1074 nur den Verwandten ersten Grades und, falls keine Abkömmlinge vorhanden waren, den Geschwistern die Nacherbfolge gestattete.

Das österreichische Gesetzbuch[3]) folgte im wesentlichen dem Vorbilde des ALR. verlangte aber für den Substituten eine besondere Antrittserklärung, die jedoch kein Hindernis für die Vererblichkeit des Rechts bildete.

Über die Verwertbarkeit des Nacherbenrechtes schweigen die angeführten Rechtsgebiete. Im BGB. ist die Nacherbfolge in den §§ 2100 ff. geregelt. Danach ist der Vorerbe bis zum Eintritt des Nacherbfalles wahrer Erbe. Während dieser Zeit hat letzterer ein Anwartschaftsrecht auf den Anteil der Erbschaft, das nach § 2108 vererblich ist. Damit hat das BGB. die Regelung über die Nacherbschaft den modernen Wirtschaftsverhältnissen angepaßt. Einerseits werden dem Vorerben dem Willen des Erblassers gemäß die Nutzungen des Vermögens überlassen, andererseits aber auch dafür Sorge getragen, daß die Substanz dem Nacherben erhalten bleibt. Und doch zeigt sich im Gesetz auch hier eine Lücke. Das beweist das große Interesse, mit dem Theorie und Praxis immer wieder die Frage nach der Verwertbarkeit des Nacherbenrechtes aufgeworfen haben. Be-

---

2) Meischeider S. 184, 185, 217 ff. Windscheid-Kipp III § 662.

3) Oesterr. BGB. §§ 608—617.

sonders akut war die Frage im Jahre 1919 für Bayern, als auf Grund des Artikels 155 Satz 2 das bayrische Gesetz über die Aufhebung der Fideikommisse vom 28. III. 1919[4]) und die dazu erlassene Ausführungsverordnung des bayrischen Justizminstieriums[5]) auf die rechtliche Stellung der Fideikommißbesitzer und des Anwärters die Vorschriften des BGB. über Nacherbfolge für entsprechend anwendbar erklärte. Danach sollte der Fideikommißbesitzer als Vorerbe und der bei seinem Tode als nächster Anwärter in Betracht kommende als Nacherbe angesehen werden.

In den folgenden Abschnitten soll nun untersucht werden, ob und wie der Nacherbe vor Eintritt des Nacherbfalles sein ihm als Erbanwärter zustehendes Recht verwerten kann.

§ 2. Übersicht über die Theorien.

Wenn in den weiteren Ausführungen von der Verwertbarkeit des Nacherbenrechtes die Rede ist, so ist unter diesem Begriff sowohl die Veräutzerung, als auch die Verpfändnng, Pfändbarkeit und die Bestellung eines Nießbrauches zu verstehen. Auszugehen ist von der Veräußerung. Diese ist das wichtigste Verwertungsrecht und zugleich für die übrigen Verwertungsrechte von grundlegender Bedeutung.

Das Gesetz schweigt über die Verwertbarkeit des Nacherbenrechtes. Daraus ist indessen nicht zu schließen, daß eine Übertragung ausgeschlossen sei, vielmehr überläßt das Gesetz die Entscheidung der Wissenschaft und Praxis, die zu den verschiedensten Ergebnissen gelangt sind. Die herrschende Meinung nimmt unter analoger Anwendung von § 2033 BGB an, daß das Gesamtrecht des Nacherben sowohl beim Mitnacherben, wie Alleinnacherben übertragen werden kann. Diese Ansicht wird insbesondere von der Praxis[6]) und dem

4) Bayr. Gesetz- und Verordn.-Bl. 1919 S. 114.

5) Bayr. Just.-Min. Bl. 1919 S. 359 § 8.

6) RG. E. v. 11. 7. 07 in Seuff. Arch. Bd. 63 S. 367. — Gruchots Beitr. Bd. 52, S. 680; RGE. Bd. 80 S. 384, Bd. 101 S. 185; B. 103 S, 358; KG. E. Bd. 42 S. 229 ff., S. 241 ff.

RGR-Kommentar[7]) ferner von Gaupp-Stein[8]), Seuffert[9]), Petersen-Anger[10]), Güthe[11]), Predari[12]), Semeka[13]), Salinger[13a]), Richter[13b]) vertreten. Im Gegensaß zu ihnen sind Staudinger[14]), Planck[15]), Wäntig[16]), Kipp[17]), Kretzschmar[18]) Peiser[19]) der Ansicht, daß die Anwendung des § 2033 BGB. das Vorhandensein einer Erbengemeinschaft voraussetze und diese Vorschrift analog auf den Mitnacherben anzuwenden sei. Aus diesem Grunde gestatten sie nur die Zulässigkeit der Verfügung über das Gesamtrecht des Mitnacherben, lehnen dagegen eine Verfügung über das Gesamtrecht des Alleinnacherben ab und gewähren diesem die Möglichkeit, den Herausgabeanspruch gemäß § 2130 BGB abzutreten.

Du Chesne[20]) und Meyer[21]) schließlich versagen sowohl dem Alleinnacherben, wie dem Mitnacherben das Recht, über ihr Gesamtrecht zu verfügen, gewähren ihnen aber das Recht, den Herausgabeanspruch abzutreten.

Denkbar wäre endlich, die Übertragbarkeit des Gesamtrechtes und des Herausgabeanspruches sowohl beim Alleinnacherben wie beim Mitnacherben zu verneinen und zu verweisen auf die Übertragbarkeit der Schutzrechte oder der ihnen später anfallenden einzelnen Erbschaftsgegenstände.

---

7) RGR-Komm. Bd. 3 § 2108 Anm. 2 S. 752.
8) Gaupp-Stein Bd. II § 857 II, 5, a. E. S. 676.
9) Seuffert Bd. II § 857 I, S. 544.
10) Petersen-Anger Bd. II § 857 Abs. 1, 2.
11) Güthe GBO. Bd. I § 52 Anm. 21 S. 1064.
12) Predari § 52 Anm. 9 S. 641.
13) Semeka, Arch. f. bürg. Recht Bd. 35 S. 121—168.
13a) Salinger, Arch. f. bürg. Recht Bd. 19 S. 138 ff.
13b) Richter S. 25.
14) Staudinger § 2100 E. 5 (7/8. Aufl.) und früh. Aufl.
15) Planck Vorbem. 4 vor § 2100 S. 396.
16) Wäntig S. 373 ff.
17) Kipp Erbrecht § 92 Abs. 1.
18) Kretzschmar Erbrecht § 35 Abs. 1, 3/4.
19) Peiser S. 71 Anm. 25.
20) Du Chesne im Zentral-Bl. f. freiw. Ger. Bd. 8 S. 534 ff.
21) P. Meyer S. 251 ff.

§ 3. Übertragbarkeit des Gesamtrechtes.

Das Gesetz gewährt dem Nacherben folgende Rechte:

1. Das Recht, die den §§ 2113 bis 2119 zuwiderlaufenden Verfügungen als unwirksam zu behandeln und anzufechten,
2. das Recht auf Mitteilung eines Nachlaßverzeichnisses § 2121 BGB,
3. das Recht auf Feststellung des Zustandes der Erbschaft §§ 2122/2123 BGB,
4. das Recht auf Auskunfterteilung über den Bestand der Erbschaft § 2127 BGB,
5. das Recht auf Sicherheitsleistung oder Bestellung eines Verwalters §§ 2128/2129 BGB,
6. das Recht auf Herausgabe der Erbschaft §§ 2130/2138, einschließlich des Rechtes auf Ersatz des Wertes gemäß § 2143 BGB. und des Rechtes auf Schadenersatz § 2138 BGB,
7. das Recht auf Rechnungslegung § 2139 BGB.

Die Rechte unter Nr. 2—5 sind als gegewärtige, die unter Nr. 6 und 7 als zukünftige anzusehen, wobei das Recht unter Nr. 1 insoweit den gegenwärtigen Rechten zuzurechnen ist, als es bereits eine Feststellungsklage zwischen Vorerbfall und Nacherbfall zuläßt. Mithin sind bei der Rechtsstellung des Nacherben zu unterscheiden:

a) das Gesamtrecht,
b) die Schutzrechte,
c) der Herausgabeanspruch,
d) die zukünftigen Rechte an den einzelnen Nachlaßgegenständen.

Zu berücksichtigen ist, daß der Nacherbe als Alleinerbe oder Miterbe zur Erbschaft gelangen kann. Es erscheint daher zweckmäßig, bei den folgenden Erörteruugen dieser Einteilung zu folgen und die Verwertungsmöglichkeiten der aufgezählten vier Rechtstypen gesondert zu untersuchen und

zwar unter Berücksichtigung der Verschiedenheiten des Mitnacherben- und des Alleinnacherbenrechts.

a) Der Alleinerbe.

Die herrschende Meinung (8—13), vor allem das Reichsgericht (s. Anm. 6 und 7) vertritt die Übertragbarkeit des Gesamtrechtes auch beim Alleinnacherben. Sie stützen ihre Ansicht auf die geschichtliche Entwicklung. Schon die Praxis des ALR. ließ ganz allgemein die Übertragbarkeit zu (vergl. Entsch. RG. Bd. 33).[22] Diese Entscheidung bezieht sich indessen naturgemäß nicht auf das Institut der Nacherbschaft, das damals noch nicht existierte, sondern auf den Fideikommissar. Wenn auch große Übereinstimmung zwischen beiden Instituten herrscht, so besteht andererseits in dem für uns entscheidenden Punkt eine starke Abweichung. Der Fideikommissar hatte bereits vor dem Eintritt des Substitutionsfalles ein wirkliches Erbrecht im Gegensatz zum Nacherben, der sich mit einem geringeren Rechte begnügen muß. Ferner gestattete das ALR. eine Veräußerung des Gesamtrechtes. Das BGB. dagegen läßt zwar den obligatorischen Vertrag zu, eine einheitliche Verfügung uno actu über die gesamte Erbschaft ist dagegen ausgeschlossen. Insoweit beruht auch eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 11. 6. 1907 auf unrichtigen Voraussetzungen, als hier die Zulässigkeit der Übertragbarkeit mit der geschichtlichen Entwicklung im ALR. begründet wird.

Auch die Entstehungsgeschichte des BGB. gibt keine Anhaltspunkte für die Entscheidung dieser Frage. In den Kommissionsberatungen[23] wurde allerdings bereits der Vorschlag gemacht, durch eine positive Vorschrift Verträge für nichtig zu erklären, die vor dem Eintritt des Nacherbfalles über die Nacherbschaft getroffen werden. Begründet wurde der Antrag damit, daß die erhoffte Nacherbschaft wenig geeignet sei, als Verkehrsobjekt zu dienen; selbst der obliga-

22) RG. E. Bd. 33 S. 293 ff.

23) Motive V S. 22.

torische Vertrag müsse wegen seiner Unwirtschaftlichkeit im öffentlichen Interesse verhütet werden.

Der Entwurf II[24]) spricht andererseits von einem vererblichen Recht des Nacherben, das bereits vor dem Nacherbfall verwertet werden könne. Diese letzten Ausführungen scheinen allerdings geeignet, für die Zulässigkeit einer Verfügung über das Gesamtrecht des Nacherben herangezogen zu werden. Der Begriff der Verwertbarkeit ist aber zu weit, um daraus auf die Zulässigkeit der Verfügung schließen zu dürfen, umsomehr, als aus dem ganzen Zusammenhang, in dem hier die Verwertbarkeit erwähnt wird, hervorgeht, daß darunter nur die Vererblichkeit des Rechtes zu verstehen ist, nicht dagen auch eine Verfügung unter Lebenden. Die geschichtliche Entwicklung ergibt somit nichts für die Frage nach der Veräußerlichkeit des Nacherbenrechtes.

Du Chesne[25]) führt gegen die Übertragbarkeit die rechtliche Natur des Nacherbenrechtes an. Er sieht in ihm nur eine Rechtsposition, eine Rechtslage, die in Ermangelung besonderer Vorschriften nicht übertragbar sei. Auch Meyer[26]) folgert aus dem Wesen des Nacherbenrechtes seine Unübertragbarkeit. Da der Nacherbe nur nach dem Vorerben Erbe werden sollte, habe er kein aufschiebend bedingtes oder befristetes Recht, Erbe „sein", sondern nur ein solches Recht, Erbe zu „werden". Da der Nacherbe somit noch keinen Anteil am Nachlaß habe, sei der § 2033 BGB. nicht anwendbar, denn dieser setze einen Anteil am Nachlaß voraus. Um diese Ansichten kritisch würdigen zu können, ist es zunächst erforderlich, das Wesen des Nacherbrechtes zu untersuchen und seine rechtliche Natur zu bestimmen.

Du Chesne[27]) begründet seine Ansicht folgendermaßen: Die gesamten, subjektiven Rechte zerfallen in obligatorische

---

24) Motive V S. 81/82.

25) Du Chesne Bd. 8 S. 534, Bd. 9 S. 237.

26) Meyer, Erbrecht § 45 Anm. 9; Hellwig § 31 Anm. 82; Pfaff-Hoffmann Bd. 2 Abs. 248.

27) Du Chesne, Bd. 8, S. 534, Bd. 9, S. 237.

und dingliche Rechte. Da das Nacherbrecht vor dem Eintritt des Nacherbefalles weder obligatorische noch dingliche Natur habe, könne es überhaupt kein Recht sein. Seine Ansicht ist unhaltbar. Zunächst ist ihm entgegenzuhalten, daß er den Unterschied zwischen dem Nacherben vor Eintritt des Voranfalles, der eine rechtlich viel gesichertere Stellung einnimmt, vollständig fallen läßt. Sodann ist seine Einteilung der Rechte in obligatorische and dingliche Rechte keineswegs erschöpfend. Die Beherrschungsrechte und Ansprüche sind nicht die einzigen Rechtskategorien, die das Recht kennt. So erwähnt Enneccerus[28]) als dritte Gruppe die Rechtsänderungsrechte, die ausschließlichen Aneignungsrechte, von Zitelmann (Am. [28a]) als Rechte des rechtlichen Könnens bezeichnet. Ferner läßt sich der Begriff des Immaterialgüterrechtes und des Erbrechtes weder den Beherrschungsrechten noch den Ansprüchen unterordnen.

Gegen Du Chesnes Ansicht spricht vor allem auch der Wortlaut des Gesetzes. Dieses behandelt in den §§ 2110, 2113, 2118, 2128 das „Recht" des Nacherben. Im § 2108 BGB. wird seine Vererblichkeit ausgesprochen. Berücksichtigt werden muß, daß nur erworbene Rechte Gegenstand einer Vererbung sein können. Es wird somit im § 2108 BGB. anerkannt, daß für den Nacherben mit Eintritt des Nacherbfalles, d. h. bereits mit dem Tode des Erblassers ein gegenwärtiges „Recht" auf die Erbschaft entsteht.

Dieses geht auch aus der Bestimmung des § 52 GBO. hervor. Danach ist im Falle der Nacherbfolge neben dem Recht des Vorerben von amtswegen das Recht des Nacherben einzutragen. Es ist somit als erwiesen anzusehen, daß der dem Nacherben zufallende Vermögensvorteil bereits ein gegenwärtiges Recht ist.[28b])

Die Natur dieses Rechtes ist streitig. Bereits im rö-

---

[28]) Enneccerus Allgem. Tl. § 41, 1 Anm. 1 und § 66, 3 Anm. 11.

[28a]) Zitelmann, Intern. Privatrecht I S. 32.

[28b]) GRR.-Komm. § 2100 Bem. 1 a. E.; Staudinger § 2108 Bem. 2 Abs. 1; Stohn S. 14; Tschierschky S. 21.

mischen Recht bestanden hinsichtlich des Fideikommisses, das dem Nacherbrecht entspricht, die verschiedensten Ansichten. Eccius[29]), Koch, gewähren dem Substituten vor dem Eintritt des Substitutionsfalles nur ein Forderungsrecht. Hiergegen haben Dernburg[30]) und Wienstein Stellung genommen. Aus der Tatsache, daß der Fideikommissar schon vor Eintritt des Substitutionsfalles bei der Regelung der Vermächtnisse und der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten herangezogen wird, ferner mit dem Eintritt des Substitutionsfalles ohne Auflassung die Erbschaft erlangt, schließen sie, daß dem Substituten vor Eintritt des Nacherbfalles nicht nur der obligatorische Herausgabeanspruch zustehe, sondern ihm bereits Erbenstellung einzuräumen sei.[31]) Für das heutige Recht wird die dingliche Theorie von Dernburg[32]), Thiesing und dem Kammergericht vertreten. Sie nehmen in ihrer Begründung auf § 52 BGO. Bezug.

Nach § 52 GBO. ist, wie bereits oben erwähnt, mit der Eintragung des Vorerbenrechtes zugleich das Recht des Nacherben einzutragen. Grundsätzlich sind im BGB. nur dingliche Rechte eintragungsfähig. Der Umstand, daß § 52 GBO. die Eintragung des Rechtes des Nacherben zulasse, rechtfertige somit den Schluß, daß das Nacherbenrecht dinglicher Natur sei. Diese Beweisführung geht fehl, denn im Grundbuch sind nicht nur dingliche Rechte eintragungsfähig, sondern auch obligatorische Ansprüche. Bei der Hypothek wird neben der dinglichen Belastung auch die persönliche Forderung eingetragen. Die Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens (vergl. §§ 891 ff. BGB.) gelten nicht nur hinsichtlich der dinglichen Belastung, sondern auch für die Hypothek hinsichtlich der persönlichen Forderung.

29) Förster-Eccius Bd. 4, § 27 Anm. 28; Koch Bd. II, I, 12, § 466, Anm. 72 I, b; ebenso Obertribun. Strieth, Arch. Bd. 65 S. 43 und 83, Bd. 91 S. 141.

30) Dernburg Preuß. Priv.-Recht Bd. 3 § 158 Anm. 5 und 6; Wienstein, Gruchot Bd. 8 S. 305 ff.

31) ebenso f. d. franz. Rechte Code Napoleon § 1015.

32) Bernburg BGB. Bd. 5 § 55 Nr. 12, 1; Thiesing a. a. O. S. 232; KGE. Bd. 26 S. 268.

Ferner ist gem. § 883 BGB. zur Sicherung des Anspruches auf Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solches Rechtes die Eintragung einer Vormerkung ins Grundbuch zulässig. Die Vormerkung dient demnach nur zur Sicherung eines obligatorischen Anspruchs auf Änderung der bestehenden dinglichen Rechtsverhältnisse; sie ist daher selber kein dingliches Recht und unterliegt nicht den Vorschriften über dingliche Rechte.[32a])

Aus der Tatsache allein, daß ein Rechtsgebilde im Grundbuch eintragungsfähig ist, kann daher nicht geschlossen werden, daß es sich um ein dingliches Recht handelt.

Der oben versuchten Beweisführung widerspricht ferner die Entstehungsgeschichte des § 52 GBO.[33]) Sie läßt erkennen, daß es sich im § 52 um eine rein instruktionelle Vorschrift handelt, durch die das Recht des Nacherben vor etwaigen Verfügungen des Vorerben sicher gestellt werden soll. Materielles Recht wird jedoch durch die Eintragung nicht begründet. Auch die Protokolle[34]) bringen dies klar zum Ausdruck.

Gegen die Ansicht spricht ferner auch folgende Erwägung. Das dingliche Recht über einen Gegenstand schließt für seinen Träger immer die unmittelbare Herrschaft über das Objekt in sich. Entsteht mit dem Vorerbfall bereits ein dingliches Recht an der Vermögensgesamtheit des Nachlasses, so ist dies nur möglich in der Form der Herrschaft über die einzelnen Nachlaßgegenstände. Dies würde indessen dem Wortlaut des § 2100 BGB. widersprechen, der bestimmt, daß der Vorerbe bis zum Eintritt des Nacherbefalles wahrer Erbe und alleiniger Eigentümer der Nachlaßgegenstände ist. Ebenso sprechen die Materialien[34a]), die den Vorerben als

[32a]) Enneccerus Wolff Sachenrecht § 48, 7.

[33]) E. I § 1826 Abs. 1, Motire V S. 111.

[34]) Protokolle Bd. 5 S. 110.

[34a]) Protokolle bei Mugdan V S. 6746.

Herrn der Erbschaft bezeichnen, gegen diese Ansicht. Somit ist der Nacherbe vor Eintritt des Nacherbfalles weder als Eigentümer, noch als Besitzer der Nachlaßgegenstände anzusehen. Möglich wäre allerdings auch, daß das Anwartschaftsrecht des Nacherben ein Nießbrauchs-Pfandrecht oder sonstiges dingliches Recht an der Erbschaft begründet. Im BGB. herrscht aber bezüglich der beschränkten dinglichen Rechte numerus clausus. Das Nacherbrecht ist nicht als beschränktes dingliches Recht BGB. anerkannt. Es entsteht somit für den Nacherben weder ein Nießbrauchs- noch ein Pfandrecht. Die dingliche Natur des Rechtes ist deshalb zu verneinen.

Ebensowenig ist indessen die Ansicht haltbar, daß das Nacherbenrecht nur ein obligatorisches Recht sei. In der Mehrzahl der Fälle fehlt es überhaupt an einem Vertragsgegner; ferner wird weder durch Vertrag, noch unerlaubte Handlung eine rechtliche Beziehung zwischen dem Erblasser und dem Nacherben einerseits oder zwischen dem Vorerben und dem Nacherben andererseits begründet. Nähme man die obligatorische Natur des Nacherbenrechtes an, so wäre bei Eintritt des Nacherbfalles noch ein weiterer dinglicher Übertragungsakt zum Erwerb der Erbschaft durch den Nacherben erforderlich. Da sich indessen der Erwerb ipso jure vollzieht, ist die obligatorische Theorie mit der Gestaltung im Gesetz unvereinbar.

Insoweit ist somit du Chesne dahin Recht zu geben, daß das Nacherbenrecht weder dinglicher noch obligatorischer Natur ist.

Dieselbe Ansicht wird von Mittag[34]) vertreten. Aus der Tatsache jedoch, daß das Recht des Nacherben in keine der vorhandenen Rechtskategorien gehört, zieht er die weitere Schlußfolge, daß das Nacherbenrecht ein jus sui generis sei. Diese Folgerungen sind jedoch falsch. Im folgenden soll nachgewiesen werden, daß das Nacherbenrecht trotz seiner

---

[35]) Mittag S. 15.

Eigenart ohne große Bedenken einer der anerkannten Rechtskategorien und zwar dem Erbrecht eingegliedert werden kann.

Für die Natur eines Rechtsgebildes sind in erster Linie seine Wirkungen maßgebend. Mit dem Eintritt des Nachfalles wird der Nacherbe zum Vollerben; das Vermögen fällt ihm an, ohne daß es eines Übertragungsaktes bedarf. Andererseits ist der Vorerbe hinsichtlich der Nachlaßgegenstände in der Verfügung beschränkt. Auch bei der befreiten Vorerbschaft können diese Beschränkungen nicht völlig beseitigt werden, insbesondere kann auf sie nicht völlig verzichtet werden.[36]) Der Nacherbe ist ferner Rechtsnachfolger des Erblassers, nicht des Vorerben. Die Rechtsstellung des Nacherben ist ebenso wie die des sofortigen Erben von dem Willen des Erblassers in seiner Entstehung wie in seinem Umfange in großem Maße abhängig. Diese Gesichtspunkte sprechen m. E. überzeugend für die Natur des Nacherbrechtes als eines Erbrechtes, dessen Wirkungen allerdings noch nicht voll eintreten, sondern an den Eintritt des Nacherbfalles gebunden sind.

Ein Vollrecht setzt das Vorhandensein sämtlicher Tatbestandsmerkmale voraus, die die Rechtsordnung für das Wirksamwerden des Rechtes erfordert.[37]) Da beim Nacherbrecht die vollen Wirkungen an die Voraussetzung des Nacherbfalles gebunden sind, kann das Nacherbrecht sich nur als ein zukünftiges Recht, als bedingtes Recht oder als Anwartschaftsrecht darstellen.

Unter zukünftigen Rechten sind nur solche Rechte zu verstehen, bei denen nicht nur die Wirkungen, sondern auch das Entstehen noch in der Zukunft liegt. Vor allem ist es mit dem Wesen eines Gebildes als eines zukünftigen Rechtes unvereinbar, daß es bereits Gegenwartswirkungen

---

[36]) Planck § 2136 Anm. 1.

[37]) Crome I, § 71, 1. Enneccerus Rechtsgeschäft, Beding. und Anfangstermin S. 152; Schloßmann in Grünhuts Zeitschr. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 200.

zeigt. Da das Nacherbrecht vor dem Nacherbfall starke Wirkungen, vor allem die Gebundenheit des Vorerben hervorruft, kann es kein zukünftiges Recht sein.

Bei einem bedingten Rechte sind seine Wirkungen von dem Eintritt oder Nichteintritt einer Bedingung abhängig gemacht. Eine Bedingung im Sinne des § 158 BGB ist eine einer Willenserklärung eingefügte Beschränkung, durch welche nach dem Willen der Parteien der Eintritt oder die Aufhebung einer Rechtswirkung von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig gemacht wird. Kraft Parteiwillens müssen also die Wirkungen von der Bedingung abhängig gemacht werden. Sind sie dagegen kraft Gesetzes von einem Umstande abhängig, so liegt keine Bedingung mehr im Sinne unseres Gesetzes vor. Da das volle Recht des Nacherben auf Grund gesetzlicher Bestimmungen von dem Erbfall abhängig ist, kann von einem bedingten Recht im Sinne des § 158 BGB. keine Rede sein.

Unhaltbar sind m. E. die Folgerungen, die Wäntig[38]) aus diesen Erwägungen zieht. Er argumentiert folgendermaßen: „Das Vollrecht ist kraft Gesetzes davon abhängig, daß der Nacherbe nicht ausschlägt oder erbunwürdig wird. Da diese Tatsachen keine rechtsgeschäftlichen im Gesetz anerkannten Bedingungen sind, sondern nur sogenannte conditiones juris, kann es sich nur um ein rein zukünftiges Recht handeln." Seine Behauptung beruht auf einem falschen Begriff der conditio juris. Er vertritt die von Breit und Leonhard[39]) verfochtene Ansicht, daß ein Rechtsgeschäft unvollständig und nichtig sei, wenn der Eintritt der Rechtsfolge kraft Gesetzes noch einen weiteren Umstand voraussetze. Diese Auffassung beruht auf der Verkennung des Unterschiedes zwischen Gültigkeit und Wirkung. Wir kennen zwei Arten von Voraussetzungen. Einmal diejenige für die

---

[38]) Wäntig S. 390.

[39]) Breit, Geschäftsfähigkeit S. 291; Franz Leonhard, Jher. Jhrb. Bd. 41, S. 48, 50. 52.

Wirsamkeit und ferner die für die Gültigkeit, sogenannte Gültigkeits- und Wirksamkeitsvoraussetzung. Bei dem Mangel einer Gültigkeitsvoraussetzung ist das Recht allerdings nicht entstanden. Insofern ist Wäntig, Breit und Leonhard Recht zu geben. Wenn die causa efficiens, die rechtschaffenden Tatsachen nicht gegeben sind, ist noch kein Recht entstanden. Liegen dagegen alle rechtsschaffenden Tatsachen vor, und fehlen nur noch Umstände, von denen die Wirksamkeit abhängt — konfirmatorische Tatsachen — dann handelt es sich um eine Rechtsbindung. Das Gesetz spricht nicht von diesem Begriff, verwendet ihn aber in den verschiedensten Fällen, vergl. §§ 185, 313, 518, 766 BGB. Hier ist die Rechtsbedingung anerkannt als Wirksamskeitsvoraussetzung, die zunächst noch nicht vorhanden zu sein braucht, aber später nachgeholt werden kann. Bezüglich der Wirkungen des gesetzlich bedingten Rechtes sind folgende Ansichten möglich:

1. Mit Eintritt der Rechtsbedingung gilt das Recht als von Anfang an vollwirksam.
2. Die Vorschriften über rechtsgeschäftliche Bedingungen finden Anwendung.

Die erste Auffassung, die Pendenztheorie legt dem Eintritt der Rechtsbedingung nur deklaratorischen Wert bei; nach ihr wird festgestellt daß die Wirkungen bereits früher eingetreten sind. Sie findet eine gewisse Stütze in den §§ 184 ff. BGB. Hier wird bei Eintritt der Rechtsbedingung der Genehmigung das Rechtsgeschäft so behandelt, als ob die Wirkungen bereits bei Vertragsschluß eingetreten wären. Aber der Beweis ist nicht zwingend, denn man kann in §§ 184 ff. sowohl das Prinzip als eine Ausnahme vom Prinzip erblicken.

Richtiger dürfte sein, die Wirkungen über rechtsgeschäftliche Bedingungen anzuwenden. Zwischen rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Bedingungen besteht folgender Unterschied: Bei der rechtsgeschäftlichen Bedingung hängt es vom Parteiwillen ab, daß die vollen Wirkungen des Rechtsgeschäftes noch in der Schwebe sein sollen; bei der gesetzlichen Bedin-

gung wird dieses aus dem Gesetz gefolgert. Der Grund ist zwar verschieden, der Erfolg dagegen der gleiche. Daher sind die Vorschriften der §§ 158 ff. auf die Rechtsbedingung anwendbar, soweit sie sich auf den Erfolg, nicht dagegen auf den Grund beziehen; insbesondere greift der § 161 BGB. Platz,[40]) der nur die Folgen einer die Bedingung beeinträchtigenden Verfügung behandelt.

Der Eintritt des Nacherbfalles ist eine rechtsbestätigende Tatsache, die causa efficiens ist der Voranfall und die Berufung zum Nacherben. Theoretisch wäre es also denkbar, das Nacherbrecht als gesetzliches bedingtes Erbrecht aufzufassen; die Ansicht scheitert aber an der positiven Gestaltung im Gesetz. Nach § 2113 BGB. sind nur gewisse Verfügungen des Vorerben relativ nichtig. Wäre das Nacherbrecht ein bedingtes Erbrecht, dann würden alle Verfügungen unter § 161 BGB. fallen und wären daher relativ nichtig. Das Nacherbrecht kann aus diesem Grunde kein bedingtes Erbrecht sein.

Wäntigs Beweisführung[41]) enthält noch eine weitere Unrichtigkeit. Er schließt aus dem Umstand, daß das Nacherbrecht kein bedingtes Recht ist, darauf, daß es überhaupt noch kein Recht sein könne. Wie schon oben angeführt, bleibt immer noch die Möglichkeit, daß das Recht des Nacherben ein Anwartschaftsrecht ist. Das Wesen des Anwartschaftsrechtes beruht darin, daß sich aus ihm unter dem Hinzutreten gewisser Umstände das volle Recht entwickelt, ohne daß es noch einer besonderen Willenserklärung oder sonstiger Erwerbshandlung bedürfte. Von der bloßen Erwerbsaussicht unterscheidet sich das Warterecht wirtschaftlich durch seine größere Sicherheit, rechtlich durch die Vererblichkeit. Bloße Erwerbsaussichten sind unvererblich; erklärt das Gesetz dagegen

---

40) Oertmann Rechtsbedingung S. 155, 4; Mayer in Gruchot Bd. 56, S. 525, 226. OLGE. Bd. 4, S. 241; RG. E. 75, S. 526.

41) Wäntig S. 390; Planck § 2033; Meyer § 45 Anm. 9; Herzfelder § 2100 Anm. 5.

das betreffende Rechtsgebilde für vererblich, so kann hieraus umgekehrt der Schluß gezogen werden, daß es zum mindesten ein Warterecht ist. Der Grund zu dem Vollrecht des Nacherben ist schon durch den Voranfall gelegt, es äußert seine Wirkung in der Gebundenheit des Vorerben und den Befugnissen, die dem Nacherben bereits zustehen. Das Vollrecht tritt ein, ohne daß es eines besonderen Erwerbsaktes des Nacherben bedarf. Das Recht des Nacherben ist insbesondere auch schon voll vererblich, insofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist (§ 2108 BGB). Es kann deshalb das Nacherbrecht ohne Bedenken als Warte- oder Anwartschaftsrecht angesehen werden. Dieses Recht ist gegenwärtig und auf den Anfall der Erbschaft gerichtet. [42]) Anwartschaften aber unterliegen in Ermangelung abweichender positiver Bestimmungen denselben Vorschriften wie das Vollrecht. Aus dem Wesen des Nacherbrechtes als bloße Anwartschaft läßt sich somit kein Grund gegen die Übertragbarkeit des Nacherbrechtes anführen.

Ebensowenig ist es jedoch zulässig, aus dem Fehlen eines gesetzlichen Verbotes auf die Zulässigkeit der Verfügung zu schließen. [43]) Der Mangel eines solchen Verbotes spricht weder für noch gegen die Zulässigkeit der Verfügung, sondern bedeutet lediglich, daß das Recht die Entscheidung dieser ungeklärten Frage der Wissenschaft und Praxis überläßt. Mit derselben Berechtigung ließe sich die umgekehrte Schlußfolgerung ziehen: Die Vererblichkeit des Nacherbenrechtes ist im Gesetz ausdrücklich anerkannt (§ 2108 BGB.), die Verfügbarkeit trotz ihrer Wichtigkeit für die Kreditfähigkeit jedoch nicht. Wie aus des Protokollen [43a]) hervorgeht, kannten die Gesetz-

[42]) Endemann, Erbrecht § 41, Bem. 1; Enneccerus I, § 72 Bem. 4a; Fr. Leonhard § 2108 V; v. Tuhr I § 9 Abs. III, 3; vergl. auch Fuchs, Vermögen und Vermögensverwaltung S. 69 ff.

[43]) So RG. in Seuff. Arch. Bd. 63, S. 367 = Gruchot Bd. 52 S. 680; RG. in Blätt. f. Rechtsanw. Bd. 73, S. 283.

[43a]) Protokolle V S. 81.

[44]) Stohn S. 17.

geber die wirtschaftliche Bedeutung der Veräußerlichkeit des Nacherbenrechtes. Wenn sie nun die Vererblichkeit ausdrücklich regeln, die Veräußerlichkeit dagegen nicht, wie in den §§ 847, 1300, 2317 BGB. erwähnen, so muß daraus geschlossen werden, daß sie die Veräußerlichkeit ausschließen wollten[44]).

Beide Auslegungsmöglichkeiten stehen sich gegenüber, ohne daß die eine oder die andere irgendwelchen Ausdruck im Gesetz gefunden hätte und aus diesem Grunde vorzuziehen wäre.

Verfehlt ist es ferner, von der Vererblichkeit in § 2108 BGB. auf die Veräußerlichkeit des Nacherbenrechtes zu schließen, wie es von Güthe, Reichsgerichtsräte-Kommentar § 2108 und Richter[45]) geschehen ist. Sie gehen in ihrer Argumentation von dem Wortlaut des § 2108 Abs. 2 BGB. aus, wonach das Nacherbenrecht auf die Erben übergeht, falls der Nacherbe vor Eintritt des Nacherbfalles, aber nach Eintritt des Voranfalles stirbt. Wenn das Gesetz im § 2108 BGB. ausdrücklich die Vererblichkeit des Nacherbrechtes erwähnt, so weicht es dadurch von dem Grundsatz ab, daß höchstpersönliche Rechte nicht übertragbar sind. Hätte es auch eine Verfügung als Abweichung von dem Prinzip für zulässig erachtet, so wäre eine dahingehende Bestimmung in das Gesetz aufgenommen worden. Ihr Fehlen ist somit dahin auszulegen, daß der Gesetzgeber dem Nacherben diese Möglichkeit nicht hat zubilligen wollen. Noch deutlicher tritt dieses in die Erscheinung, wenn berücksichtigt wird, daß, wenn auch Wechselbeziehungen zwischen der Vererblichkeit und der Veräußerlichkeit eines Rechtes bestehen, nicht alle Rechte, deren Vererblichkeit durch das Gesetz anerkannt ist, auch zugleich veräußerlich sind. So z. B. nicht das Ausschlagungsrecht des § 2352 BGB., das Vorkaufsrecht im § 514 Abs. 2, dasjenige des Miterben in § 2034 BGB. und die Ansprüche,

45) Güthe GBO. § 52 Anm. 21; RGR.-Komm. § 2108 a. E. Richter S. 38, 39.

die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnis gegeneinander zustehen (vergl. § 717 BGB)). Alle diese Rechte sind zwar vererblich aber nicht übertragbar. Das Recht des Miterben ist zwar vererblich, seine Verfügbarkeit dagegen ist durch das Vorkaufsrecht der übrigen Miterben eingeschränkt.

Ferner wird die Veräußerlichkeit als Voraussetzung für die Vererblichkeit angesehen, nicht umgekehrt. Dieses ist aus dem Wortlaut des Gesetzes zu entnehmen, das die Vererblichkeit eines Rechtes aus seiner Übertragbarkeit ableitet.[46])

Öhm[47]) rechtfertigt die Übertragbarkeit des Nacherbenrechtes des Alleinerben ausschließlich mit praktischen Gesichtspunkten. Das praktische Bedürfnis nach einer Übertragbarkeit des Alleinnacherbrechtes sei derart groß und zwingend, daß man dem Richter zusprechen müsse, die Frage von Fall zu Fall nach billigem Ermessen zu entscheiden. Eine derartige Bedeutung kann aber dem praktischen Bedürfnis nicht zugesprochen werden. Zwar ist es bei einer streitigen Frage zu berücksichtigen und mag den Ausschlag geben; nicht aber kann darauf allein die Übertragbarkeit gestützt werden. Zudem entspricht die Ansicht Öhms keineswegs dem Bedürfnis der Rechtssicherheit. Gerade im Interesse des Verkehrs ist es erforderlich, daß für alle Fälle einheitlich festgesetzt wird, ob das Nacherbenrecht übertragbar ist oder nicht. Die Beweisführung Öhms ist daher abzulehnen.

Wie wir schon oben gezeigt haben, geben der Einwand, daß der Nacherbe nur eine Rechtsposition und noch kein subjektives Recht habe, die Geschichte, die Vererblichkeit und der Mangel eines entgegenstehenden Verbotes keinen Anhalt für die Rechtfertigung einer Übertragungsmöglichkeit des Nacherbenrechtes. Denkbar und von einer Reihe von Schrift-

---

[46]) Jäger S. 25; Loosch S. 1/2; Mannhardt S. 19; Mittag S. 21/22; Stohn S. 17/18; Wäntig S. 386 a. A, RG in Bl. f. Rechtsanw. Bd. 73 S. 283.

[47]) Oehm S. 52 ff.

stellern[48]) tatsächlich zum Beweise herangezogen worden ist die analoge Anwendung des § 2033 BGB. auf die Übertragung des Nacherbenrechts.

Was besagt § 2033 BGB.? Er gestattet dem Miterben durch dingliche Verfügung seinen Anteil im Wege des gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrages auf einen Dritten zu übertragen. Darin ist einmal eine Abweichung von dem Grundsatz der Gesamthand zu sehen, wonach ein Gemeinschafter über ein der Gemeinschaft zustehendes Recht oder einen der Gemeinschaft gehörigen Gegenstand nicht allein verfügen kann, z. B. §§ 719, 1442, 1471, 1487 BGB. u. s. w. Ferner bedeutet der § 2033 insoweit eine Ausnahme, als dem Miterben gestattet ist, über eine Sachgesamtheit, einen Vermögensinbegriff uno actu dinglich zu verfügen, im Gegensatz zum Alleinerben, der nur die zum Nachlaß gehörigen Gegenstände einzeln unter Beachtung der jeweiligen Formvorschriften übertragen kann. Der Grund für die verschiedenartige Behandlung des Mit- und des Alleinnacherben beruht darin, daß der Miterbe ohne das Gesamtverfügungsrecht des § 2033 BGB. überhaupt nicht veräußern könnte, während der Alleinerbe stets Einzelübertragungen vornehmen kann und daher dieses dinglich rückwirkende Verfügungsrecht über den gesamten Nachlaß nicht nötig hat.

Die Protokolle[49]) äußern sich in Bezug auf § 2033 dahin, daß bei einer Gemeinschaft zur gesamten Hand sich der Anteil an dem Vermögen nicht als ein Recht an den einzelnen Gegenständen, wie es z. B. dem Alleinerben am Nachlaß zustehe, kennzeichnet, sondern als ein einheitliches Recht an dem gesamten Vermögen. Über dieses einheitliche Recht ist ihm nach § 2033 BGB. ein Verfügnngsrecht eingeräumt. Welcher Art sind die Folgen einer derartigen Verfügung.

---

[48]) RG.-Komm. § 2033 Anm. 2; RG. Bd. 101, S. 168; RG. bei Gruchot 52, S. 680 ff.; RG. in Seuff. Arch. Bd. 63, Nr. 207; RGZ. Bd. 101, S. 186; Soergel Bd. 11 § 2033 Bem. 1.

[49]) Protokolle V, S. 838.

Die Frage, ob das Erbrecht selbst oder nur die auf dem Erbrecht beruhende Machtfülle[50]) übergeht, ist streitig. Hintz[51]) schließt aus dem Wortlaut des § 2033 BGB., der von dem Anteil am Nachlaß spricht, daß nicht das Erbrecht selbst auf den Erwerber übergehe, sondern nur sein vermögensrechtlicher Inhalt, der Veräußerer jedoch trotz der Veräußerung Miterbe bleibe.

Aus dem Wortlaut ist aber noch nicht ohne weiteres ersichtlich, weshalb der Ausdruck Anteil am Nachlaß nicht gleichbedeutend mit „Erbteil" ist, besonders da § 41 KO. unter Erbe auch den Anteilserwerber mitversteht. Gleichgültig ist, ob das Wort Erbe oder Erbteil gebraucht ist. Gänzlich abwegig ist die von Wendt[52]) vertretene Ansicht, daß es sich im § 2033 BGB. bloß um Übertragung des Auseinandersetzungsguthabens handele. In Widerspruch dazu steht der Wortlaut des Gesetzes, das dem Miterben ja eben ein weitgehendes Verfügungsrecht einräumt. Erbe ist nach § 1922 Abs. 1 derjenige, auf den die Erbschaft als Ganzes übergeht. Außerdem ist von der herrschenden Meinung selbst ganz allgemein anerkannt, daß bei Vereinigung der gesamten Miterbenanteile in der Hand eines Miterben dieser wie ein Alleinerbe über die einzelnen Nachlaßgegenstände verfügen kann.[53]) Ferner haftet er nicht nach den Vorschriften über Miterben, sondern nach den Bestimmungen, die für den Alleinerben gelten.[54]) Eine derartige Auffassung ist jedoch nur verständlich, wenn man in der Übertragung des Erbteils die des Erbrechtes sieht.

Dieses ist auch von einer Reihe von Schriftstellern erkannt worden. So sagt Enneccerus[55]), daß der Käufer

---

[50]) RG. Bd. 88 S. 116 ff.

[51]) Hintz S. 46.

[52]) Wendt im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 89 S. 420.

[53]) Planck § 2033, Bem. 2.

[54]) Riesenfeld 1 S. 251.

[55]) Enneccerus-Kipp Erbrecht § 98 I, 1.

eines Erbteils mit unmittelbarer Wirkung per universitatem in die Rechtsstellung des Verkäufers als eines Miterben eintrete.[56]) Aber alle oben genannten Autoren hatten nicht den Mut, den Übergang des Erbrechtes anzuerkennen, obgleich sie zugeben mußten, daß wichtige Momente dafür sprechen. Der entscheidende Schritt ist von Endemann und Leonhard[57]) gemacht worden.

Schon im ALR. wurde mit dem Erbschaftskauf das Erbrecht selber übertragen.[57a]) Demgegenüber ließe sich mit Recht einwenden, daß dazu die Motive[58]) in Widerspruch stehen, die einen auf eine dingliche Veräußerung gerichteten Vertrag über das Nacherbrecht mit der Begründung für nichtig hielten, daß nur das Gesetz oder der letzte Wille den Erben berufen könne. Die Entstehungsgeschichte liefert somit keinen vollkommenen Beweis hinsichtlich der Frage, ob das Erbrecht oder nur das Vermögensrecht auf den Erwerber übergeht.

Leonhard geht davon aus, daß ein Erbteil ohne gleichzeitigen Anteil am Nachlasse nicht denkbar sei, und schließt daraus, daß sich die Übertragung des Anteils praktisch als eine solche des Erbteils erweise.

M. E. sind einzig und allein für die Bejahung der Frage, ob das Erbrecht übergeht, die Folgen ausschlaggebend, die durch den Vertrag entstehen. Der Erwerber erlangt sämtliche, dem Miterben als solchem zustehenden Rechte, insbesondere das Verwaltungs-, Nutznießungs- und Fruchtziehungsrecht und das Recht, die Auseinandersetzung zu verlangen, verbunden mit dem Antrag auf gerichtliche Vermittlung. Durch den Abschluß des Vertrages entstehen für den Erwerber auch Pflichten, so insbesondere die der Haf-

---

[56]) Planck § 2033 Bem. 2c; Soergel II § 2033 Bem. 1; Strohal II § 64 Anm. 20, RG. E. Bd. 60 S. 131.

[57]) Endemann JW. 1910 S. 90 ff.; Leonhard Erbrecht Bem. 3c zu § 2033.

[57a]) Binder Rechtsstellung III S. 93, 94.

[58]) Motive Bd. 5, S. 122.

tung für die Nachlaßverbindlichkeiten. Zwar wollen die Gegner dieser Ansicht gerade in dem Nebeneinanderhaften des Veräußerers und des Erwerbers einen Beweis für die Richtigkeit ihrer Auffassung sehen, daß der Veräußerer noch Miterbe sei. Zieht man jedoch die Vorschriften über die Nacherbfolge zum Vergleiche heran, so erweist sich die Haftung dort ähnlich. Ist zwischen dem Vor- und Nacherben nichts vereinbart, so erwirbt der Nacherbe die Erbschaft, wie sie beim Eintritt des Erbfalles dem Vorerben angefallen ist, einschließlich der vererblichen Schulden. Der Vorerbe haftet gemäß § 2145 BGB. nach dem Eintritt der Nacherbfolge nur noch insoweit, als der Nacherbe nicht haftet. Wendet man diese Vorschrift analog auf den veräußernden Miterben und den Erwerber an, so haftet der Veräußerer nur insoweit, als der Erwerber nicht haftet. (§ 2145 BGB.)[59]) Ferner beweist der Übergang des Vorkaufsrechtes auf den Erwerber und der Umstand, daß bei einer Grundstücksveräußerung durch die Miterben hinsichtlich des in die Erbengemeinschaft eintretenden Erwerbers keine Berichtigung im Grundbuch zu erfolgen braucht, daß der Erwerber an die Stelle des Veräußerers als Miterbe getreten ist.

Wie ist nun die oben vertretene Ansicht mit dem vom Gesetz aufgestellten Grundsatz zu vereinigen, daß Erbeinsetzung nur möglich ist durch letztwillige Verfügung oder auf Grund gesetzlicher Bestimmungen? Ganz allgemein ist an dem Grundsatz festzuhalten. In § 2033 BGB. sprechen aber die Wirkungen und das Moment der Billigkeit so stark für eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß im Gegensatz zur h. M. die Vorschrift des § 2033 auch als Ausnahme anerkannt werden soll. Das allgemeine Rechtsprinzip ist somit durch die Vorschrift des § 2033 BGB. für besonders geartete Fälle durchbrochen, weil sonst der Miterbe zunächst gar keine Verwaltungsmöglichkeit hätte. Dieser Paragraph

---

[59]) So auch Leonhard Bem. 3c 4, zu § 2033; Binder Rechtsstellung III S. 113; Scherer Zentr.-Bl. f. freiw. Gerh. Bd. 2 S. 287.

enthält also regelwidriges oder prinzipwidriges Recht. Die Bedeutung des prinzipwidrigen Rechtes beruht darin, daß es einer allgemeinen analogen Anwendung nicht fähig ist, denn sein Zweck ist ja nicht, das allgemeine Prinzip gänzlich zu beseitigen, sondern nur für besondere Fälle zu durchbrechen. Das regelwidrige Recht hat sich jedoch seinerseits ein engeres Prinzip geschaffen. Im Rahmen dieses engeren Prinzipes ist eine Analogie zu gestatten.

Es ist daher zu prüfen, ob bei analoger Anwendung des § 2033 BGB. auf den Alleinnacherben die Grenzen dieses selbstgeschaffenen Prinzips eingehalten werden. Die Vorschrift des § 2033 BGB. setzt eine Erbengemeinschaft voraus, also das gleichzeitige Nebeneinanderbestehen mehrerer Erben. Das Charakteristikum der Nacherbfolge dagegen ist, daß die Erben nicht zeitlich nebeneinander stehen, sondern aufeinander folgen.[60]) Eine wesentliche Voraussetzung des § 2033 BGB. ist daher beim Alleinnacherben nicht gegeben; die analoge Anwendung dieses Paragraphen auf den Alleinnacherben kommt deshalb nicht in Frage.

Ausschlaggebend erscheinen mir vor allem folgende Gesichtspunkte zu sein: Die Übertragbarkeit des Gesamterbrechtes des Alleinnacherben ist juristisch nur in folgenden zwei Konstruktionen denkbar:

1. Der Erwerber wird unmittelbar an Stelle des Veräußerers Nacherbe und erwirbt ipso jure mit dem Eintritt des Nacherbfalles die Erbschaft[61]). Einen andern zum Erben einsetzen, kann jedoch nur das Gesetz oder der Erblasser auf Grund einer Verfügung von Todeswegen. Nach dieser Konstruktion ist also die Übertragbarkeit des Gesamtrechtes des Alleinnacherben, wie bereits angeführt, unzulässig.

---

[60]) Du Chesne Pos. Mon.-Schr. 1910 S. 125 ff.; Endemann JW. 1910, S. 92. Eßlinger, Der Erbschein S. 36; Entsch. des KG. in Rhein. Not.-Ztg. 1901, S. 116; Jastrow, Formularbuch II S. 322; Lederle in Bayr. Rechtspr. 1904, S. 228; Märcker S. 349; Kreß S. 176; Planck § 2353 Anm. 3a.

[61]) Wäntig, Ztschr, Not.-Verb. 6, Jahrg. S. 377 ff.

2. Ferner könnte die Übertragbarkeit des Alleinnacherbrechtes derart geschehen, daß der Nacherbe Erbe bleibt, aber im Augenblick des Eintritts des Nacherbfalles sein Erbrecht infolge der dinglichen Veräußerung auf den Erwerber übergeht. Hier würde der Erwerber uno actu sein Vermögen übertragen. In unserem Gesetz dagegen herrscht das Prinzip der Einzelnachfolge, wenn auch in einzelnen Fällen eine Gesamtnachfolge möglich ist. So geht gemäß § 1922 BGB. die Erbschaft uno actu auf den Erben über, er wird Eigentümer, ohne daß es der einzelnen Übertragungsakte bedarf. Bei der Einführung der allgemeinen Gütergemeinschaft tritt die Gemeinschaft mit Abschluß des Vertrages ein. Die neu entstandene Gesamthand wird Eigentümerin der Vermögensstücke des Ehegatten. Eine Übertragung der Gesamthand in das Grundbuch hat nur den Charakter einer Grundbuchberichtigung gemäß § 894 BGB.

Eine derartige Gesamtnachfolge ist aber nur zulässig, wo sie im Gesetz ausdrücklich anerkannt ist. In sonstigen Fällen ist sie ausgeschlossen. Die Übertragung des Gesamtrechtes des Nacherben stellt nach dieser Konstruktion eine vertragliche Gesamtnachfolge dar. Da sie im Gesetz nicht ausdrücklich ihre Anerkennung gefunden hat, ist sie nach dem oben Gesagten unzulässig. Eine dritte Möglichkeit besteht nicht. Aus diesen Gründen in Verbindung mit den bereits oben angeführten ist deshalb die Verfügung des Alleinnacherben über sein Gesamtrecht abzulehnen.

Das Reichsgericht [61a]) führt ferner zur Begründung seiner Ansicht folgende Gesichtspunkte an:

„Die Erbengemeinschaft ist im BGB. als Gesamthand konstruiert, dem Miterben steht kein Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen zu. Er kann daher auch nicht über einen derartigen Anteil verfügen. Damit er seine Erbenstellung aber bereits vor der Auseinandersetzung verwerten kann, ist ihm im § 2033 BGB. das Recht eingeräumt, über seinen

[61a]) RGZ. Bd. 101, S. 185,

Anteil zu verfügen. Bei dem Alleinerben war es nicht erforderlich, eine ähnliche Bestimmung zu treffen, da er allein an den Nachlaßgegenständen berechtigt ist und daher über sie verfügen kann.

Dem Mitnacherben gewährt die analoge Anwendung des § 2033 BGB. ebenfalls die Möglichkeit, seinen Anteil an der Nacherbschaft zu verwerten. Der Alleinnacherbe hat vor Eintritt des Nacherbfalles dagegen noch kein Recht an den einzelnen Nachlaßgegenständen. Er könnte daher in Ermangelung einer besonderen Vorschrift die Nacherbschaft nicht verwerten, seine Stellung wäre mithin schlechter als die des Mitnacherben. Dieses widerspricht dem Sinne des Gesetzes und der Billigkeit. Der § 2033 BGB. ist daher analog auch auf den Alleinnacherben anzuwenden.

Diese Ansicht ist m. E. unzutreffend. Wie bereits in den früheren Erörterungen dargelegt ist, ist die analoge Anwendung des § 2033 BGB. auf den Alleinnacherben mit dem Aufbau unseres Erbrechtes unvereinbar. Sie verstößt sowohl gegen den Grundsatz, daß eine Erbfolge nur in den gesetzlich bestimmten Fällen eintreten kann als auch dagegen, daß ein Vermögensinbegriff nicht uno actu übertragen werden kann. Der Gesichtspunkt der Billigkeit allein berechtigt nicht dazu, sich über diese Grundsätze hinwegzusetzen, und dieses um so weniger, als das Bedürfnis nicht derart dingend ist, die Übertragbarkeit durch den Alleinnacherben zuzulassen, denn wie im folgenden nachgewiesen wird, verbleiben dem Alleinnacherben auch ohne die Anwendung des 2033 BGB. noch genügend Möglichkeiten, die Nacherbschaft zu verwenden.

Die Zulässigkeit der Verfügung des Alleinnacherben über sein Gesamtrecht ist daher entgegen RG. Bd. 101, S. 185 abzulehnen.

b) Der Mitnacherbe.

Aus der Geschichte, dem Mangel eines entgegenstehenden Verbotes und der Vererblichkeit des Nacherbenrechtes läßt

sich ebenso wenig wie beim Alleinnacherben beim Mitnacher-
die Übertragbarkeit des Nacherbenrechtes ableiten. Du Chesne und Meyer[62]) führen auch beim Mitnacherben die rechtliche Natur des Nacherbrechtes gegen die Übertragbarkeit an. Ihr Einwand erledigt sich durch die obigen Ausführungen.

Zur Rechtfertigung der Übertragbarkeit ist vielfach der § 2033 BGB. angeführt worden. Seine Entstehungsgeschichte läßt nicht erkennen, ob sich § 2033 BGB. auf die Miterben beschränkt oder auch auf die Mitnacherben Anwendung finden soll. Aus der Natur des § 2033 als regelwidriges Recht läßt sich kein Bedenken gegen die analoge Anwendung auf den Mitnacherben herleiten. Wie oben ausgeführt, hebt die regelwidrige Bestimmung nicht das allgemeine Prinzip auf, sondern es durchbricht dieses nur für besonders gelangerter Fälle. Es darf deshalb nicht über den Rahmen hinaus angewandt werden, den die Vorschrift sich selbst gibt. Innerhalb dieses Rahmens dagegen ist ein neues Prinzip aufgestellt, das einer analogen Auslegung fähig ist. Es ist daher zu untersuchen, ob die Anwendung des § 2033 BGB. auf den Mitnacherben sich innerhalb des durch § 2033 selbst gegebenen Rahmens hält.

Die Prinpipwidrigkeit dieses Paragraphen liegt darin, daß der Miterbe uno actu über seinen Anteil am Nachlaß, mithin über einen Vermögensinbegriff verfügen kann. Der Grund, der zum Erlaß dieser Ausnahmevorschrift geführt hat, ist darin zu finden, daß der Miterbe bei der Gestaltung der Erbengemeinschaft als einer Gesamthand keinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen hat, somit auch nicht darüber verfügen kann. Der Grundsatz, daß eine uno-actu-Verfügung über einen Vermögensinbegriff unzulässig ist, ist also nur für den speziellen Fall des Miterben durchbrochen worden. Die Einsetzung eines Mitnacherben kann nun in der Weise geschehen, daß der Eingesetzte zum Nacherben eines

---

62) Du Chesne Zentr.-Bl. f. freiw. Gerb. Bd. 8, S. 534 ff., Bd. 9, S. 237; Meyer S. 272, Anm. 4,

Miterben bestimmt wird. Es kann aber auch die Erbeinsetzung so gehalten sein, daß mit dem Eintritt des Nacherbfalles an Stelle des oder der Vorerben eine Nacherbengemeinschaft tritt, deren Mitglied der Eingesetzte ist. In beiden Fällen ist der Mitnacherbe im Verhältnis zu den übrigen Erbberechtigten wahrer Mitnacherbe[63]), er hat keinen Anteil an den einzelnen Gegenständen, auch kein Anwartschaftsrecht darauf. Obwohl es sich bei der Verfügung des Miterben nur ein gegenwärtiges Recht, bei der Verfügung des Mitnacherben um eine bloß Anwartschaft handelt, demnach um erheblich rechtsverschiedene Gegenstände, liegt doch eine gewisse Rechtsähnlichkeit insofern vor, als das ohne Anwendung des § 2933 BGB. auf den Mitnacherben oder Nachmiterben dieser keine gegenwärtige Verwertungsmöglichkeit besäße. Wir haben es somit also doch mit einem rechtlich ähnlich gelagerten Fall wie im § 2033 BGB. zu tun, der sich innerhalb des durch den § 2033 aufgestellten Prinzips hält. Einer analogen Anwendung stehen somit keine Bedenken entgegen.[64]) Für eine solche spricht vor allem das praktische Bedürfnis, das auch von der Praxis mit Recht hervorgehoben wird.[65])

Als Resultat unserer Untersuchung ergibt sich somit hinsichtlich des Anwartschaftsrechtes folgendes:

Der Alleinnacherbe kann über sein Anwartsschaftrecht nicht verfügen, da weder die Geschichte, der Mangel eines entgegenstehenden Verbotes noch die Vererblichkeit einen Anhalt dafür geben und die analoge Anwendung des § 2033 BGB. als regelwidriges Recht abzulehnen ist. Der Mitnacherbe kann dagegen über sein bereits gegenwärtiges Anwartschaftsrecht auf den Anteil am Nachlaß nach § 2033 BGB. im Wege des gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrages verfügen.

---

63) RG. im Bl. f. Rechtsanw. 73, S. 283.

64) Planck Vorbem. 4b zu § 2100; Staudinger § 2033 Anm. 1; Wäntig S. 397.

65) RGR-Komm. § 2100 Bem. 1, ebenso Crome Bd. V S. 697; Peiser S. 71 Anm. 25; Neumann Bd. II, Bem. 2c zu § 2100; Strohal Bd. I S. 192 Anm. 3.

§ 4. Abtretung der Herausgabeansprüche.

Außer dem Anwartschaftsrecht steht dem Nacherben, wie bereits oben Seite 13 dargelegt ist, das Recht zu, mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge die Erbschaft von dem Vorerben herauszuverlangen. Dieser Anspruch bezieht sich auf die Erbschaft nur insoweit, als sie sich im Besitz des Vorerben befindet. Hat ein Dritter den Nachlaß oder einen Teil desselben im Besitz und behauptete dieser auf Grund seines Erbrechts die Sachen zu besitzen, so kann der Nacherbe, der nach dem Eintritt des Nacherbfalles voller Erbe wird, diesen pro herede possessor mit dem Herausgabeanspruch gemäß § 2018 BGB. belangen. Verweigert der Dritte jedoch die Herausgabe der Sachen auf Grund eines sonstigen Rechts, so ist die gewöhnliche Eigentumsklage nach § 895 BGB. gegen ihn zulässig. Die Herausgabeansprüche stimmen in vielen Punkten überein, insbesondere zeigt sich eine große Ähnlichkeit des Herausgabeanspruchs aus § 2018 BGB. mit dem aus § 2130 BGB. Aber trotz der Verwandtschaft dieser beiden, aus der sich die teilweise analoge Anwendung der Erbschaftsvorschriften des § 2018 ff. auf den Herausgabeanspruch erklärt, wäre es falsch, beide zu identifizieren.

Der Erbschaftsanspruch richtet sich gegen den Erbschaftsbesitzer, also irgend einen Dritten, der auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechtes etwas aus der Erbschaft erlangt hat; für seine Haftung gelten die Vorschriften über den Erbschaftsanspruch. Mit dem Herausgabeanspruch nach § 2130 BGB. verlangt dagegen der Nacherbe von dem Vorerben die Nachlaßgegenstände heraus, die dieser infolge seines ihm wirklich zustehenden Erbrechtes in Eigentum und Besitz hatte. Spezielle Vorschriften regeln die den Vorerben vor dem Eintritt des Nacherbfalles treffende Sorgfaltspflicht. [66])

Streitig ist, ob dem Herausgabeanspruch gem. § 2130 BGB. dinglicher oder obligatorischer Charakter beizumessen ist. Herz-

---

66) Strohal II § 94b Anm. 9.

felder[67]) und der RGR.-Kommentar[67a]) halten ihn für obligatorisch, Salinger[68]) dagegen vertritt den dinglichen Charakter des Anspruches. Crome, Kretzschmar und Planck[69]) lassen beides gelten. Die Entscheidung dieser Streitfrage mag dahingestellt bleiben. Sie ist für die Frage der Abtretbarkeit des Herausgabeanspruches ohne Bedeutung, denn aus der Natur des Anspruchs als eines obligatorischen oder dinglichen lassen sich keine Schlüsse hinsichtlich der Abtretbarkeit ziehen. Andererseits ist allen drei Ansprüchen gemeinsam, daß sie aus einem absoluten Recht entstehen und von diesem in gewisser Weise abhängig sind. Da eben diese Abhängigkeit für die Abtretbarkeit der Ansprüche von ausschlaggebender Bedeutung ist, rechtfertigt es sich, die Verwertbarkeit der Ansprüche gemeinsam zu untersuchen.

Die Herausgabeansprüche entstehen für den Nacherben erst mit dem Eintritt des Nacherbfalles, sie sind also zwischen Erbfall und Nacherbfall noch nicht gegenwärtig, auch nicht im Entstehen. Erst der Nacherbfall und die damit verbundene Erbenstellung des Nacherben schaffen das Grundverhältnis, aus dem sich die Herausgabeansprüche ableiten.[70]) Sie sind somit den zukünftigen Ansprüchen zuzurechnen, wenn man darunter mit Windscheid-Kipp[71]) solche Ansprüche versteht, deren Tatbestand noch nicht oder noch nicht vollständig vorliegt[72]); und zwar als ausschließlich zukünftig, da für sie der Grund noch nicht gelegt ist.

Die Frage nach der Übertragbarkeit dieser Herausgabeansprüche läuft somit praktisch darauf hinaus, ob über ein ausschließlich zukünftiges Recht bereits eine Verfügung ge-

---

67) Herzfelder Bd. V, § 2018 Bem. 3.

67a) RGR-Komm. III Bem. 1 zu § 2130.

68) Salinger S. 191.

69) Crome Bd. V S. 577; Kretzschmar S. 206; Planck V, Bem. 4c zu § 2130.

70) Stohn S. 27128.

71) Windscheid-Kipp I § 225 Anm. 6.

72) So auch Hölder, DJZ. 1914, S. 553.

troffen werden kann. Ferner ist im § 2 festgestellt worden, daß der Alleinnacherbe sein Erbrecht nicht auf einen Dritten übertragen kann. Desgleichen kann er nicht über sein zukünftiges Eigentum an den einzelnen Sachen verfügen, wie später noch im einzelnen darzulegen ist. Es bleibt daher die weitere Frage zu erörtern, ob und inwieweit die Herausgabeansprüche ohne Rücksicht auf das zu Grunde liegende Recht übertragen werden können.

Das BGB. schweigt hinsichtlich der Abtretbarkeit zukünftiger Forderungen. In §§ 310, 312 Abs. II, 559 Abs. II, 765 Abs. II, 1113, 1204 Abs. II u. s. w. erwähnt es zwar zukünftige Rechte, aber auch in diesem Zusammenhang läßt es nicht erkennen, ob ihre Übertragung zulässig ist.

Eccius [73]), der die Übertragbarkeit einer zukünftigen Forderung verneint, stützt sich erstens auf den Wortlaut des § 398 BGB. der besagt: Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag auf einen anderen übertragen werden. Mit dem Abschluß des Vertrages tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen". Hieran anknüpfend verlangt Eccius für die gültige Übertragung einer Forderung das Vorhandensein dieser Forderung und eines Gläubigers zur Zeit des Vertragsabschlusses. [74]) Da jedoch bei der Übertragung einer zukünftigen Forderung die Forderung zur Zeit des Vertragsabschlusses noch nicht besteht, verneint Eccius ihre Abtretbarkeit, denn ein Nichts könne nicht übertragen werden.

Einen Anhalt für seine Ansicht glaubt Eccius in der Übertragung von Sachen zu finden, wo das Vorhandensein zur Zeit des Vertragsabschlusses Gültigskeitsbedingung ist. Dem gegenüber ist folgendes einzuwenden: Der Wortlaut des § 398 Abs. 1 gibt keinen Anhalt weder für noch gegen die Zulässigkeit der Abtretung zukünftiger Forderungen; denn er bestimmt lediglich die Art und Weise der Übertragbarkeit der Forderung, schweigt jedoch darüber, ob der Gegenstand eine

---

[73]) Eccius DJZ. 1909, S. 53 ff.; Gruchot Bd. 48 S. 465 ff.

[74]) Ebenso Lützeler a. a. O. S. 537; Seuffert ZPO. § 829 Nr. 1.

oder zukünftige Forderung ist. Einen Schluß daraus zu ziehen. das nur gegenwärtige Forderungen abtretbar sind, ist m. E. nicht möglich.

Was nun die Heranziehung der Bestimmungen über die Übertragung von Sachen betrifft, so ist zu bemerken, daß auf dir Übertragung von Sachen wegen des hier herrschenden Kenntlichkeitsprinzips grundsätzlich andere Vorschriften Anwendung finden, als bei der Übertragung von Forderungen, wo ein derartiges Prinzip nicht beibehalten ist. Die Übertragung einer Sache erfordert neben der Einigung stets einen Kenntlichkeitsakt, der bei beweglichen Sachen in der Übergabe, bei Grundstücken in der Eintragung in das Grundbuch besteht.

Bei Forderungen genügt dagegen nach § 398 BGB. ein abstrakter Abtretungsvertrag. Das Kenntlichkeitsprinzip ist mithin nicht ein Ausfluß der Verfügung als solcher, wie Eccius annimmt, sondern nur ein Charakteristikum des Sachenrechts, denn sonst müßte er auch bei Verfügungen über eine Forderung verlangt werden. Diese verschiedene Behandlung von Sache und Recht hinsichlich der dinglichen Übertragung bildet den Grund dafür, daß bei Sachen ihr Vorhandensein zur Zeit des Vertragsabschlusses gefordert werden muß, denn nur gegenwärtige Sachen sind übergabe- und eintragungsfähig, während Verträge auch auf die Zukunft abgestellt sein können. [75]) Eccius Beweisführung ist, soweit sie sich auf den Wortlaut des § 398 Abs. 1 stützt, somit unzutreffend

Weiterhin verlangt Eccius für die Abtretbarkeit einer Forderung das Vorhandensein eines bisherigen Gläubigers zur Zeit des Vertragsabschlusses, § 398 Abs. 2. BGB. Wenn Elcius dieses aus den Bestimmungen des § 398 Abs. 2 herauslesen will, so kann ihm der Vorwurf eine zur engen Anlehnung an den Wortlaut dieser Vorschrift nicht erspart werden. Nicht der Buchstabe des Gesetzes ist maßgebend, sondern der diesem Gesetze innewohnende Wille. Der Sinn des § 398 BGB. ist jedoch der, daß der neue Gläu-

biger in dem Augenblick, wo der bisherige ausscheidet, an seine Stelle treten soll. Daß dieses bereits mit dem Vertragsabschluß geschehen soll, ist aus dem § 398 Abs. 2 nicht zu entnehmen.

Bereits die Römer verfuhren bei der Abtretung einer zukünftigen Forderung ähnlich. Zwar war der älteren römischen Zeit die Abtretung einer zukünftigen Forderung unbekannt, da hier der Grundsatz der Simultanität des Abschlusses und der Wirkung des Rechtsgeschäftes vertreten wurde.[76]) Erst später wurde auch die Abtretung zukünftiger Forderungen zugelassen, und zwar derart, daß alle Erfordernisse für den Abschluß (z. B. Geschäftsfähigkeit u. s. w.) bereits in diesem Augenblick vorliegen mußten, während für die übrigen Erfordernisse der Augenblick des Wirksamwerdens maßgebend war.

Ähnlich die Motive,[77]) wenn sie zwischen Abschluß und Wirksamwerden eines Rechtsgeschäftes unterscheiden und als Voraussetzung des letzteren eine förmliche denuntiatio fordern. Unser Gesetz selbst hat den Unterschied zwischen dem Gültigsein und dem Wirksamwerden von Rechtsgeschäften anerkannt. Auch hier ist zu unterscheiden zwischen Voraussetzungen für die Gültigkeit und für die Wirksamkeit. Die Gültigkeit setzt nur das Vorhandensein der konstitutiven, rechtsschaffenden Umstände voraus. Sind sie gegeben, so ist das Geschäft gültig, wenn auch noch nicht wirksam. Treten die konfirmatorischen, rechtsbestätigenden Tatsachen — Wirksamkeitsvoraussetzungen — hinzu, dann wird das Geschäft wirksam. Auf diesen Erwägungen beruht die Vorschrift des § 185 Abs. 2,

---

[75]) Enneccerus I S. 767; Lippmann DJZ. 1909, S. 255 ff. RG. E. v. 1. Okt. 1907; OLG. Braunschweig vom 18. 9. 1903; OLG. Jena v. 29. 10. 1906; Manner S. 29 Anm. 26; v. Thur DJZ. 1909, S. 426 ff.

[76]) Enneccerus Rechtsgeschäfte S. 219, 240 und Arch. für bürg. Recht I S. 767 Anm. 111; Jhering, Geist III, 1 S. 132 ff., 171.

[77]) Motive II S. 118.

der die Verfügung eines Nichtberechtigten konvaleszieren läßt, wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt.

Es steht mithin nichts im Wege, diese zeitliche Trennung auch bei der Abtretbarkeit einer Forderung vorzunehmen und das Hauptgewicht auf das Wirksamwerden der Verfügung zu legen. In dem Augenblick des Wirksamwerdens ist sowohl eine Forderung, die abtretungsfähig ist, als auch ein bisheriger Gläubiger, von dem aus sie auch auf den neuen Gläubiger übergehen kann, vorhanden. Zwar hat der Zedent nur einen Augenblick Gläubigerstellung, da die Forderung infolge des Abtretungsvertrages unmittelbar auf den neuen Gläubiger übergeht. Jedoch ist die Dauer der Rechtsstellung für die Abtretbarkeit gleichgültig. Die vom Gesetz aufgestellten Erfordernisse für eine gültige Abtretung, das Vorhandensein einer Forderung und eines bisherigen Gläubigers sind gegeben.[79])

Die von von Tuhr[80]) vertretene Ansicht, daß neben dieser Konstruktion der Abtretbarkeit einer zukünftigen auch diejenige zulässig ist, wonach die Forderung sogleich in der Person des Erwerbers entsteht, ist abzulehnen, da dieses nicht einen derivativen, sondern einen originären Erwerb der Forderung darstellen[81]) würde.

Gegen die Zulässigkeit der Trennung von Abschluß und Wirkung bei zukünftigen Forderungen wendet sich wiederum Eccius,[78]) er glaubt darin einen weiteren Grund für seine Ansicht gefunden zu haben. Eine derartige Trennung will Eccius nur dann anerkennen, wenn trotz der hinzugefügten Zeitbestimmung oder Bedingung die Wirkung auch sofort hätte eintreten können. Das sei bei einer zukünftigen Forderung jedoch unmöglich und ihre Abtretung somit unzulässig.

---

[78]) Vergl. v. Thur DJZ. 1909, S. 426 ff.

[79]) Kohler S. 5; Oertmann § 399 Abs. 1; Planck § 398 Nr. 4; RG. E. Bd. 58 S. 72; Bd. 67, S. 166; JW. 1907, S. 707.

[80]) v. Tuhr Bankarch. III S. 227; DJZ. 1904. S. 426.

[81]) Mittag S. 55; Stohn S. 33.

Gegen ihn spricht indessen vor allem die Bestimmung des § 185 Abs. 2. Zur Zeit des Vertragsabschlusses ist der Verfügende nicht berechtigt, trotzdem ist der Vertrag gültig und wird später wirksam infolge des Erwerbes durch den Verfügenden. Eccius Ansicht ist daher abzulehnen.

Die gesamten gegen die Abtretung einer zukünftigen Forderung geltend gemachten Einwendungen halten somit einer eingehenden Prüfung nicht stand.

Für die Abtretbarkeit einer zukünftigen Forderung dagegen sprechen verschiedene Gründe. Zunächst die Geschichte. Schon im älteren römischen Recht wurde die Verfügung über eine zukünftige Forderung allgemein als gültig anerkannt, desgleichen im gemeinen Recht.[82]) Zwar fehlte es an einer genauen Gesetzesvorschrift, die die Abtretbarkeit einer derartigen Forderung regelte, doch wurde ihre Zulässigkeit in der Praxis allgemein anerkannt. Daß dieser Satz auch für das BGB. Gültigkeit haben sollte, lassen die Protokolle[83]) erkennen; denn, wenn sie eine vom gemeinen Recht abweichende Ansicht hätten vertreten wollen, wäre dieses im Gesetz sicherlich zum Ausdruck gebracht worden.[84])

Aber auch die Vorschriften des Gesetzes sprechen in einigen Fällen von der Verfügung über zukünftige Forderungen. So kann gemäß § 574 der Vermieter durch Vertrag mit dem Mieter zugunsten eines Dritten über zukünftige Forderungen aus dem Mietvertrag verfügen. Nach § 717 Satz 2 BGB. kann ein Gesellschafter seine Ansprüche auf Gewinnanteile und auf das Auseinandersetzungsguthaben durch Vertrag auf einen Dritten übertragen.[85]) Auch diese Ansprüche sind zukünftig, da sie erst mit der Auflösung der Gesellschaft oder am Schlusse des Geschäftsjahres entstehen.

Ferner ist es zulässig, nach § 765 BGB. eine Bürg-

---

82) RG. E. v. 20. 1. 91.

83) Protokolle I S. 377, 381.

84) Heuer DJZ. 1908, S. 28 ff.

85) Abrahamsohn, DJZ. 1908, S. 343; Oertmann, § 399 Nr. 1 g γ; Strauß, DJZ. 1908, S. 342; Süß S. 30; and. RG. E. 60, S. 130.

schaft für eine bedingte oder zukünftige Forderung zu bestellen, und § 1124 BGB. verleiht der Einziehung oder Verfügung einer Forderung, bevor sie zugunsten des Hypothekengläubigers in Beschlag genommen worden ist, auch letzterem gegenüber Gültigkeit.

Ebenso kennt das HGB. eine Verfügung über zukünftige Forderungen, denn im § 891 HGB. wird dem Versicherten gestattet, seine durch einen bereits eingetretenen Unfall entstandenen und seine künftigen Entschädigungsansprüche einem Dritten abzutreten.

Es ließe sich dagegen einwenden, daß es sich in allen diesen Fällen zwar um zukünftige Forderungen, aber im Gegensatz zum Herausgabeanspruch des § 2130 BGB. um rechtlich bereits begründete Forderungen handelt. Das ist zuzugeben. Aber die Tatsache, daß das Gesetz überhaupt die Verfügung über zukünftige Ansprüche billigt, rechtfertigt auch einen Schluß zu ziehen auf die Ansprüche zu denen noch nicht der Grund gelegt ist, die sich also nur quantitativ von dem ersteren unterscheiden. Das Gesetz erkennt aber auch eine Verfügung über echte zukünftige Forderungen an, vergl. § 1190, § 1204 BGB. Nach § 1190 Abs. 2 kann eine Höchstbetragshypothek genau so wie andere Hypotheken, die zur Sicherung einer bestehenden Forderung dienen durch Einigung und Eintragung nach § 873 BGB. abgetreten werden. Dadurch geht die Hypothek, ebenso wie die zukünftige Forderung auf den Erwerber über, ohne daß es der Feststellung der Forderung bedarf.[86]) Ebenso kann gemäß § 1204 Abs. 2 BGB. ein Pfandrecht für eine künftige Forderung bestellt werden und diese künftige Forderung zusammen mit dem Pfandrecht übertragen werden. Hiermit hat das Gesetz einwandfrei zugegeben, daß auch diejenigen Forderungen, zu denen noch nicht einmal der Grund gelegt worden ist, übertragbar sind.[86a])

86) RGR.-Komm. § 1190 Bem. 5.

86a) Vergl. auch RG. E. Bd. 61, S. 355; Bd. 65 S. 277, die die Eintragung einer Hypothek für Forderungen zulassen, die der noch nicht erzeugten Nachkommenschaft jemandes dermaleinst zustehen sollen.

Dieses entspricht auch in großen Maße dem praktischen Bedürfnis. Der heutige Verkehr muß mit Vorausberechnungen wirtschaften und zukünftige Werke für die Gegenwart nutzbar machen, wie dieses im österreichischen Recht bereits geschehen ist.[87] Oertmann[88]) sieht in der unbeschränkten Zulässigkeit der Verfügung über zukünftige Forderungen wegen deren Unbestimmtheit eine soziale Gefahr und eine Benachteiligung für die Parteien. Er verlangt daher, daß die Forderungen bei der Abtretung genügend individualisiert sind. Dieser Einschränkung ist zuzustimmen. Der Kreis der zukünftigen Forderungen, deren Abtretbarkeit anerkannt werden soll, darf daher nicht zu weit gefaßt werden und als Voraussetzung ihrer Abtretbarkeit ist stets eine genügende Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit zu verlangen. Einen Grund dafür, ganz allgemein ihre Abtretung abzulehnen gibt dieser Einwand nicht. Die nötigen Schranken, etwaigen wucherischen Ausbeutungen vorzubeugen, bieten außerdem die Vorschriften der §§ 138, 310 BGB.[89])

Da die Herausgabeansprüche des Nacherben genügend individualisiert sind, ist ihre Abtretbarkeit zu bejahen, soweit ihre Natur als zukünftige Rechte in Frage kam. Es ist jedoch noch zu erörtern, ob die Herausgobeansprüche ohne Rücksicht auf das zugrundeliegende Recht übertragbar sind. Aus Zweckmäßigkeitsgründen soll mit der Abtretbarkeit des Eigentumsherausgabeanspruchs gemäß § 985 BGB. begonnen werden, denn diese Frage ist bereits Gegenstand eingehender Prüfung gewesen. Die herschende Meinung, die vor allem von Oertman[90]) vertreten wird, nimmt die selstständige Übertragbarkeit mit der Wirkung an, daß dem Eigentümer der Herausgabeanspruch nicht mehr zusteht.

[87]) Österr. Gesetzbuch § 939.

[88]) Oertmann § 349 Anm. 1 g y; Grünebaum JW. 1910 Nr. 1617.

[89]) Grünebaum im Recht 1913, S. 662; Lippmann DJZ. 1904, S. 255 ff.; OLG. Hamburg 1. 11. 1910.

[90]) Oertmann Arch. f. ziv. Praxis 113, S. 51; Goldmann bei Gruchot 62, S. 514.

Er begründet seine Ansicht mit § 293 ZPO. Diese Vorschrift spricht indessen nur von abtretbaren Ansprüchen, sie setzt diesen Begriff voraus und überläßt die Entscheidung, welche Ansprüche abtretbar sind, anderen Rechtsvorschriften. § 293 ZPO. spricht also nicht für die von Oertmann vertretene Ansicht.

Ferner wird auf § 255 BGB. hingewiesen. Diese Gesetzesbestimmung läßt die Ansprüche aus dem Eigentum, also auch die Herausgabeansprüche auf den Schadenersatzpflichtigen übergehen, während das Eigentum dem letzteren verbleibt. Es findet also tatsächlich eine Trennung von Eigentum und Herausgabeanspruch statt; § 255 BGB. enthält dagegen keine Vorschrift über die Wirkungen, die der Übergang des Herausgabeanspruchs hervorruft. Es bleibt die Möglichkeit, daß der Anspruch nur in der Weise von dem Schadenersatzpflichtigen geltend gemacht werden kann, daß dieser Leistung an den Eigentümer oder zwar Herausgabe an sich verlangen kann, aber der Zedent daneben immer noch berechtigt bleibt, die Herausgabe zu verlangen. Auch diese Vorschrift beweist mithin nichts. Vor allem stützt sich Oertmann[91]) auf § 1032 BBG., der auf die Bestellung des Nießbrauchs die §§ 929 Abs. 2, 930/937 BGB. für anwendbar erklärt. Danach kann der Nießbrauch durch Einigung und Abtretung des Herausgabeanspruchs bestellt werden. Auch hier wird also der Herausgabeanspruch für abtretbar erklärt, während das Eigentum bei dem Abtretenden verbleibt. Mit Recht weist Wolff[92]) darauf hin, daß es sich hier um die Abtretung des Anspruches aus dem obligatorischen Verhältnis des Nießbrauchbestellers zum Drittbesitzer handele. Besteht kein solches Verhältnis zwischen beiden, so geschieht die Nießbrauchbestellung durch bloße Einigung über die Entstehung des Nießbrauches. Einer Abtretung des Herausgabeanspruches bedarf es in die-

---

91) Oertmann, Arch. f. ziv. Prax. 113, S. 60.

92) Wolff § 115 Abs. I Anm. 2 und 8.

sem Falle nicht. Auf diese Vorschrift kann Oertmann seine Ansicht nicht stützen. Während also auf der einen Seite nichts zwingt, die von der herrschenden Meinung vertretene Ansicht anzunehmen, sprechen auf der anderen Seite wichtige Bedenken gegen diese Auffassung.

Ist z. B. ein Dritter im Besitz der Sache und kümmert sich der Zessionar des Eigentumsherausgabeanspruchs nicht um ihre Wiedererlangung, so ist der Eigentümer nicht in der Lage, aus eigenem Recht die Sache einzuklagen. Besonders praktisch wird diese Erwägung in dem Falle, wo ein Gläubiger des Eigentümers den Herausgabeanspruch pfänden läßt und ihn nicht geltend macht. Der Herausgabeanspruch richtet sich ferner nicht nur gegen denjenigen, der zur Zeit der Abtretung besitzt, sondern auch gegen dessen Rechtsnachfolger. Übergibt daher der Drittbesitzer die Sache dem Eigentümer, so könnte der Zessionar mit dem Herausgabeanspruch gegen den Eigentümer vorgehen. Es ergäbe sich somit die befremdliche Erscheinung, daß ein Anspruch aus dem Eigentum gegen den Eigentümer gerichtet ist. Die herrschende Meinung ist daher abzulehnen. Ein Abtretung mit derart weitgehender Wirkung, daß der Eigentümer den Herausgabeanspruch nicht mehr hat, ist nicht anzunehmen.

Andererseits folgt aus den oben zitierten Paragraphen, daß der Herausgabeanspruch nicht immer nur von dem Eigentümer geltend gemacht zu werden braucht, also immerhin eine gewisse Übertragung mit beschränkter Wirkung im Gesetz anerkannt worden ist. Der Herausgabeanspruch ist zwar an einen Dritten ohne gleichzeitige Eigentumsübertragung abtretbar, der Eigentümer bleibt aber daneben immer noch berechtigt, seinerseits den Anspruch geltend zu machen.[93]) Nur diese Auffassung führt zu billigen Ergebnissen und wird den gesetzlichen Bestimmungen gerecht.

---

[93]) Sohm, Der Gegenstand S. 173 ff.; v. Tuhr, Unwiderrufliche Vollmacht S. 88; Wolff § 84 VI.

Die Abtretbarkeit der zukünftigen Herausgabeansprüche beim Eigentum ist also insoweit als zulässig anzusehen, als der Zessionar berechtigt ist, die Leistung an sich zu verlangen, daneben aber immer dem Eigentümer das Recht verbleibt, seinerseits Leistung zu verlangen.

Beim Herausgabeanspruch gemäß § 2018 BGB. wird von der herrschenden Meinung ebenso wie beim Eigentumsherausgabeanspruch die volle Abtretbarkeit für zulässig erklärt und zwar mit der Wirkung, daß der Zedent den Anspruch nicht mehr geltend machen kann.[94]) Beim Herausgabeanspruch des Nacherben gemäß § 2130 BGB. ist zu dieser Frage in der Literatur zumeist nicht besonders Stellung genommen. Jedoch wird die herrschende Meinung auch hier entsprechend ihrer Einstellung zur Abtretbarkeit des Herausgabeanspruches des Eigentümers und des Erben (§ 2018 BBG), die unbeschränkte Zulässigkeit der vollen Abtretung annehmen müssen. Die beim Eigentumsherausgabeanspruch entwickelten Bedenken greifen auch hier Platz. Auch beim Nacherben ergeben sich juristisch bedenkliche und wirtschaftlich unbillige Ergebnisse. Daher ist auch in diesen Fällen die herrschende Meinung abzulehnen und nur eine beschränkte Abtretung mit der Wirkung anzunehmen, daß der Zessionar wohl befugt wird, die Leistung zu fordern, daß daneben aber der Erbe bezw. Nacherbe immer berechtigt bleibt, die Herausgabe an sich zu verlangen.

Für die Frage, ob eine Übertragbarkeit praktisch von Bedeutung ist, muß folgendes beachtet werden: Der Zedent bleibt immer der absolut Berechtigte. Er wird jedoch Eigentümer der Sache. Der Zessionar hat nur das Recht, die Besitzübertragung auch an sich zu verlangen. Ein dingliches Recht an den Sachen selbst erlangt er auch damit nicht. Der Zedent ist jederzeit berechtigt, Herausgabe an sich zu verlangen, es ist also in sein Belieben gestellt, ob er den Anspruch

---

[94]a) Enneccerus-Wolff § 84 VI, § 46 VI Ziffer 1; Crome § 714 Bem. 1a; Staudinger § 2018 Bem. 8; Strohal II, S. 370.

des Zessionars vereiteln will oder nicht. Hervorzuheben ist aber, daß es sich bei dieser „beschränkten Abtretung" nicht um eine Abtretung im eigentlichen Sinne handelt, sondern nur um eine bloße Ermächtigung, und zwar um eine Ermächtigung zur Geltendmachung der Herausgabeansprüche aus fremden Rechten im eigenen Namen und im eigenen Interesse."

Dem Zessionar ist somit in keiner Weise irgendeine Sicherheit gegeben, weder im Verhältnis zum Zedenten, da dieser selbst noch den Anspruch geltend machen kann, noch im Verhältnis zu Dritten, insbesondere den Gläubigern, denn das Eigentum an den Sachen steht ja dem Zendenten zu, sie unterliegen dem Zugriff seiner Gläubiger und fallen in seine Konkursmasse. Wirtschaftlich ist daher diese Verwertungsmöglichkeit von der geringsten Bedeutung. Der Zessionar ist kaum besser gestellt, als wenn er nur ein Forderungsrecht gegen den Nacherben hätte.

§ 5. Übertragbarkeit der Schutzrechte.

Zu den Schutzrechten des Nacherben vor dem Eintritt des Nacherbfalles gehören die Rechte aus den §§ 2121, 2122, 2123, 2127, 2128 BGB. Sie sind unselbständiger Natur, denn sie entspringen dem Gesamtrecht des Nacherben und sind mit ihm auf das Engste verbunden. Ihre Übertragbarkeit ist somit von der des Gesamtrechtes des Nacherben abhängig. Soweit diese bejaht wird, ist auch die der Schutzrechte für zulässig zu erachten. Der Mitnacherbe kann sein Recht gemäß § 2033 auf einen Dritten derart übertragen, daß der Erwerber in die Rechtsstellung des Veräußerers eintritt. Mit dem Abschluß des gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrages gehen außer dem Gesamtrecht die Schutzrechte infolge ihrer Abhängigkeit auf ihn über. Beim

Alleinnacherben, dem nur die Abtretung des zukünftigen Herausgabeanspruchs zu gestatten ist, nicht dagegen die des Anwartschaftsrecht, ist die Übertragbarkeit der Schutzrechte abzulehnen, da eine selbständige Übertragung der Rechte auf einen Dritten nicht ohne Änderung ihres Inhalts erfolgen kann (§ 399 BGB).[95])

§ 6. Verfügung über die einzelnen Nachlaßgegenstände.

Neben der Übertragung des Gesamtrechtes, des Herausgabeanspruches und der Schutzrechte käme noch eine Verwertungsmöglichkeit der einzelnen, zum Nachlaß gehörigen Gegenstände in Frage.

Für den Mitnacherben besteht eine solche Möglichkeit nicht. Nach § 2033 BGB. Abs. 2 ist dem Miterben das Recht entzogen, über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen zu verfügen. Der Grund beruht darin, daß nach der Konstruktion, die die Erbengemeinschaft im BGB. gefunden hat, dem Miterben überhaupt kein Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen zusteht. Bei dem Mitnacherben greifen dieselben Gründe Platz. Auch er hat keine Anwartschaft auf einen Teil der Nachlaßgegenstände. § 2033 Abs. 2 BGB. ist deshalb auf ihn analog anzuwenden und ihm infolgedessen das Recht zu versagen, seinen künftigen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen zu übertragen.

Dem Alleinerben steht die Verfügung über die einzelnen Nachlaßgegenstände frei. Für den Alleinnacherben dagegen ergeben sich Schwierigkeiten, da er noch nicht Eigentümer bezw. Forderungsberechtigter ist, sondern erst in Zukunft mit dem Eintritt des Nacherbfalles die Erbschaftsgegenstände an ihn fallen und es sich daher um zukünftige Forderungen und Sachen handelt.

Bezüglich der Grundstücke der Nacherbschaft ist im § 52 GBO. angeordnet, daß das Recht des Nacherben einzutragen

---

[95]) Mannhard S. 23; Planck a. a. O. S. 69; Wäntig in der Ztschr. des Not.-V. 6, S. 400 ff.

ist. Die Eintragungsfähigkeit des Nacherbenrechts im Grundbuch begründet indessen nicht ein dingliches Recht, sondern hat, wie bereits nachgewiesen ist, (vergl. S. 17) nur Sicherungstendenz.[96]) Eine Verfügung über ein in Zukunft anfallendes Grundstück ist nicht statthaft, da sie mit dem ganzen Aufbau des Grundbuchrechts in Widerspruch steht.

Die Verfügung über eine bewegliche Sache setzt neben der Einigung Besitzübertragung oder ein Surrogat derselben voraus. Da der Nacherbe nicht im Besitz der Erbschaft ist, kann er eine Besitzübertragung oder ein Surrogat an ihnen nicht vornehmen. Eine Verfügung über sie ist daher dem Nacherben versagt.

Hinsichtlich der Rechte und Forderungen ist das Ergebnis ein anderes. Wie bereits bei der Abtretung des Herausgabeanspruchs angeführt ist, ist eine Abtretung zukünftiger Forderungen und Rechte zulässig, soweit sie genügend individualisiert sind.[97]) Die Forderungen und Rechte waren bereits in der Person des Erblassers entstanden. Es bedarf daher keiner weiteren Erörterung, daß in Bezug auf sie eine genügende Individualisierung stattgefunden hat.

Der Alleinnacherbe kann daher über die nicht dinglichen Rechte und Forderungen der Nacherbschaft bereits verfügen und den Nachlaß insoweit verwerten. Für ihn ist diese Art der Verfügung über die ihm zukünftig anfallenden Nachlaßforderungen und Rechte die einzige Verwertungsmöglichkeit, die von wirtschaftlicher Bedeutung ist.

§ 7. Sonstige Verwertungsrechte.

Außer durch Übertragung kann die Verwertung in der Belastung mit einem Pfandrecht oder Nießbrauch bestehen.

[96]) E. I § 861 Abs. 1; Bergk, S. 141; Güthe, GBO. Bd. I § 52 Abs. II, 3; Weber Not.=VO. 1906, S. 616, 625; Wäntig Dtsch. Not.=Ver. S. 390.

[97]) RG. Bd. 55, S. 334 ff.; Bd. 58, S. 72; Bd. 67, S. 166 ff JW. 1910 S. 280 ff

Auch die Pfändung soll in diesem Zusammenhang behandelt werden.

Eine Verpfändung ist gemäß § 1274 BGB. nur bei solchen Rechten möglich, die übertragen werden können. Für den Nießbraucher ist dieselbe Bestimmung in § 1069 BGB. getroffen; Rechte und Forderungen unterliegen gemäß §§ 857, 851 ZPO. ebenfalls nur insoweit der Pfändung, als sie übertragbar sind. Es ist nun in den früheren Erörterungen dargetan worden, daß beim Alleinnacherben nur die Herausgabeansprüche und die zukünftigen einzelnen Rechte und Forderungen übertragbar sind, während der Mitnacherbe über sein Anwartschaftsrecht und die Herausgabeansprüche verfügen kann. Die Untersuchung der Pfändung, Verpfändung und Bestellung eines Nießbrauches hat sich daher von vornherein auf diese Rechte zu beschränken.

Wie bereits bei der Abtretbarkeit der Herausgabeansprüche betont, handelt es sich hierbei nicht um eine Abtretung im eigentlichen Sinne, vielmehr um eine bloße Ermächtigung zur Geltendmachung der Herausgabeansprüche aus fremden Rechten in eigenem Namen und eigenem Interesse. Auch sie können daher gemäß den §§ 1274, 1069 BGB., §§ 857, 851 ZPO nicht mit einem Nießbrauch oder Pfandrecht belastet oder gepfändet werden.

Die Zulässigkeit der Pfändung beim Alleinnacherben hinsichtlich der einzelnen zum Nachlaß gehörigen Gegenstände, ebenso ihre Belastung mit einem Pfandrecht oder Nießbrauch folgt aus ihrer Übertragbarkeit.[97a] Bezüglich der Forderungen ergeben sich Bedenken, da die Verpfändung von Forderungen gemäß § 1280 BGB. neben dem Verpfändungsvertrag zwischen Pfandgläubiger und Pfandschuldner eine Benachrichtigung des Drittschuldners erfordert, die unter Umständen noch nicht vorgenommen werden kann. Es fragt sich jedoch, ob es zur Bestellung eines wirksamen Pfandrechtes genügt, daß die Benachrichtigung des Drittschuldners erst bei dem Eintritt

---

[97a]) RG. E. Bd. 74 S. 82.

des Nacherbfalles erfolgt. Bei der Untersuchung dieser Frage ist wiederum von dem Unterschied zwischen Gültigkeits- und Wirksamkeitsvoraussetzung auszugehen. Gültigkeitsvoraussetzung für die Verpfändung einer Forderung ist m. E. nur der Verpfändungsakt zwischen Pfandgläubiger und Pfandschuldner. Die Benachrichtung des Drittschuldners dagegen ist bloße Wirksamkeitsvoraussetzung. Das Geschäft ist daher bereits gültig mit dem Verpfändungsakt zwischen Pfandgläubiger und Pfandschuldner, die Benachrichtigung des Drittschuldners dagegen kann später nachgeholt werden und macht dann das Geschäft vollwirksam. Die Möglichkeit, einen Nießbrauch an den zukünftigen Forderungen zu bestellen und sie zu verpfänden, folgt ohne weiteres aus ihrer Übertragbarkeit.

Der Mitnacherbe kann über sein Anwartschaftsrecht und über die Herausgabeansprüche verfügen. Bezüglich der Pfändung, Verpfändung und der Bestellung eines Nießbrauches an den Herausgabeansprüchen finden dieselben Grundsätze wie beim Alleinnacherben Anwendung. Daß das Anwartschaftsrecht belastet und gepfändet werden kann, ergibt sich aus seiner Übertragbarkeit. In welcher Form die Verpfändung dagegen vorgenommen werden kann, hängt davon ab, ob man mit Wendt[98]) in dem Recht des Nacherben eine bloße Forderung auf das Auseinandersetzungsguthaben bei der Teilung des Nachlasses sehen will, oder ob man es als ein Recht auffassen will, und zwar als eine Art Mitgliedschaftsrecht.

Wie bereits oben (vergl. S. 27) nachgewiesen ist, wird die Auffassung Wendts dem Wesen der Erbengemeinschaft nicht gerecht. Das Miterbenrecht, auch das des Mitnacherben, enthält mehr als eine bloße Forderung auf das Auseinandersetzungsguthaben. Es ist daher als ein Recht anzusehen. Zu seiner Verpfändung genügt somit gemäß § 1274 BGB. der Verpfändungsvertrag zwischen Nacherben und Pfand-

---

98) Wendt Arch. f. ziv. Prax. Bd. 89, S. 420 ff.

gläubiger, der nach § 1274 und § 2033 BGB. der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf.

Die Bestellung des Nießbrauchs geschieht gemäß § 1069 BGB. ebenfalls durch gerichtlich oder notariell beglaubigten Vertrag.

§ 8. Der obligatorische Vertrag.

Von den in dem vorigen Kapitel behandelten dinglichen Verträgen streng zu scheiden ist der obligatorische Vertrag, durch den die bloße Verpflichtung übernommen wird, eine Verfügung über das Nacherbrecht vorzunehmen. Bei der Prüfung der Gültigkeit dieser obligatorischen Verträge scheiden diejenigen Verträge aus, die eine nach den obigen Ausführungen unzulässige Verfügung versprechen. Derartige Verträge sind nach § 306 BGB. nichtig, da sie auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet sind. Bei ihnen bleibt nur noch die Frage zu erörtern, ob sie im Wege der Konversion aufrecht erhalten werden können. Praktisch wird dies der Fall sein bei allen denjenigen Verträgen, in denen sich der Alleinnacherbe zur Übertragung seines Gesamtrechtes verpflichtet hat.

Kann ein derartiger Vertrag dahin umgedeutet werden, daß der Nacherbe die Verpflichtung übernimmt, nach dem Eintritt des Nacherbfalles die Verfügung vorzunehmen? Unrichtig erscheinen die Ausführungen Mittags[99]) zu dieser Frage, der auch im Falle einer Umdeutung die Nichtigkeit des Vertrages annimmt. Nach ihm ist auch nach dem Eintritt des Nacherbfalles die Verfügung unmöglich, da der Nacherbe mit dem Nacherbfall Vollerbe wird, sein Nacherbenrecht somit endet und eine Verfügung darüber ausgeschlossen ist. Er übersieht m. E., daß die Umdeutung in diesem Falle sinngemäß doch nur dahin gehen kann, daß der Nacherbe die Verpflichtung übernimmt, mit dem Eintritt des

---

[99]) Mittag S. 26.

Nacherbfalles sein nunmehr volles Erbrecht zu übertragen, bezw. die einzelnen zum Nachlaß gehörigen Gegenstände. Gibt daher der Einzelfall Veranlassung zu einer derartigen Umdeutung, so stehen der Gültigkeit des Vertrages m. E. keine Bedenken entgegen.

Es ergibt sich ferner die weitere Möglichkeit, den obligatorischen Veräußerungsvertrag über das Gesamtnacherbenrecht dahin umzudeuten, daß der Nacherbe die bloße Verpflichtung übernimmt, den Herausgabeanspruch abzutreten. Auch hier ergeben sich keine Schwierigkeiten. Voraussetzung ist jedoch immer, daß der Einzelfall dazu angetan ist, den Vertrag dahin umzudeuten. Unrichtig ist es jedenfalls, folgendermaßen zu argumentieren: „Hätten die Parteien die Nichtigkeit des ursprünglich beabsichtigten Vertrages gekannt, so hätten sie mindenstens einen Vertrag auf Abtretung des Herausgabeanspruches geschlossen. Der Vertrag ist also in einen solchen umzudeuten." Im Zweifel wird vielmehr anzunehmen sein, daß die Parteien dann überhaupt von dem Abschluß des Vertrages Abstand genommen hätten, da ihnen ein derartiger Vertrag nicht die nötige Sicherheit bietet. Eine dahingehende Absicht der Parteien und damit eine derartige Umdeutung kommt deshalb nur in Frage, wenn die Umstände des Einzelfalles Veranlassung dazu geben.

Schließt ein Alleinnacherbe einen Vertrag, in dem er sich zur Übertragung der zukünftigen einzelnen Nachlaßgegenstände verpflichtet, oder geht der Mitnacherbe die Verpflichtung ein, sein Mitnacherbrecht zu übertragen, so ergeben sich auf Grund des § 312 BGB. gewisse Bedenken. § 312 BGB. erklärt, von einigen hier nicht interessierenden Fällen abgesehen, den Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten für nichtig. Es drängt sich somit die Frage auf, ob der Nacherbe Rechtsnachfolger des Erblassers oder des Vorerben ist. Ist er als Rechtsnachfolger des Vorerben anzusehen, so schließt der Nacherbe einen Vertrag über das Vermögen des noch lebenden Vorerben. Der Vertrag wäre daher nichtig. Ist er

dagegen als Rechtsnachfolger des Erblassers anzusehen, so stehen der Gültigkeit des Vertrages keine Bedenken entgegen.

Die Frage, ob der Nacherbe als Rechtsnachfolger des Erblassers oder des Vorerben anzusehen ist, ist verschieden beantwortet worden. Das Reichsgericht[100]) und die herrschende Meinung[101]) nehmen an, daß der Nacherbe Rechtsnachfolger des Erblassers sei. Hellwig[102]) dagegen hält den Nacherben für den Rechtsnachfolger des Vorerben, während Kipp[103]) einen vermittelnden Standpunkt einnimmt und ihn für den Rechtsnachfolger beider hält.

Hellwig beruft sich zunächst auf die Fassung des § 2139 BGB. Diese Vorschrift bestimmt nur, daß der Vorerbe aufhört, Erbe zu sein, und die Erbschaft dem Nacherben anfällt. Aus dem Umstand, daß hier von der Erbschaft und nicht von dem Nachlaß die Rede ist, folgert er, daß der Nacherbe Erbe des Vorerben ist. Es ist indessen darauf hinzuweisen, daß unter dem Begriff der Erbschaft das Vermögen des Erblassers zu verstehen ist und auch in § 1942 BGB. nicht der Nachlaß, sondern die Erbschaft auf den Erben übergeht.[104])

Hellwig weist ferner darauf hin, daß der Nacherbe die Erbschaft aus der Hand des Vorerben empfange und zwar in dem Zustande, wie sie sich infolge der Veränderung bei ihm befindet. Unter Umständen enthalte sie Rechte und Forderungen, die dem Erblasser nie zugestanden hätten. Hellwig übersieht die Besonderheit des erbschaftlichen Erwerbes. Der Nachlaß kommt nicht als eine Mehrheit von Sachen und Rechten in Frage, sondern als eine Einheit; mögen auch die einzelnen Bestandteile dieser Einheit sich ändern und durch neue ersetzt werden, die Einheit, d. h. der Nachlaß

100) RG. E. 75, S. 363.

101) Dernburg V, § 56 Anm. 1; Planck V, §2138 Bem. 2; Strohal I, § 1 Anm. 1; § 28a Anm. 11/13.

102) Hellwig, Rechtskraft S. 219 ff.; Zivilprozeßrecht Bd. I, § 39 Anm. 33/38.

103) Kipp, Erbrecht § 92, II.

104) Hellmann, Krit. Viertelj. Schrift 1902, S. 16

bleibt doch derselbe. Mit derselben Berechtigung ließe sich die Behauptung aufstellen, der Erbe, der an Stelle eines zunächst Berufenen in Folge der Ausschlagung des Letzteren Erbe wird, sei Rechtsnachfolger des zunächst Berufenen.

Hellwig führt schließlich die §§ 326, 242, 246 ZPO. für seine Ansicht an. Aus der Wirkung der Rechtskraft der gegen den Vorerben erlassenen Urteile gegen den Nacherben folge, daß der Nacherbe in die Rechtsstellung des Vorerben eintrete, denn nur gegen Rechtsnachfolger richte sich die Rechtskraft der Urteile. Dem ist zu entgegnen, daß mit derselben Berechtigung das Gegenteil aus diesen Bestimmungen gefolgert werden kann. Wäre der Nacherbe Rechtsnachfolger des Vorerben, so bedürfte es einer besonderen Bestimmung für den Nacherben nicht mehr; insbesondere ist es dann unverständlich, weshalb in den erwähnten Paragraphen Einschränkungen in der Wirkung der Rechtskraft gemacht sind.[105])

Vor allem spricht gegen die Beweisführung Hellwigs die Entstehungsgeschichte der angeführten Paragraphen. Die Motive zur Prozeßnovelle von 1898 S. 51 führen zur Rechtfertigung des § 326 ZPO. ausdrücklich an, daß die Vorschrift erforderlich sei, da der Nacherbe nicht Rechtsnachfolger des Vorerben, sondern des Erblassers sei. Die von Hellwig für seine Meinung angeführten Gründe vermögen somit nicht die von ihm vertretene Ansicht zu begründen.

Kipp[106]) gibt zwar zu, daß der Nacherbe Rechtsnachfolger des Erblassers sei, behauptet aber andererseits, er sei auch Rechtsnachfolger des Vorerben, weil das Vermögen so auf ihn komme, wie es sich in der Hand des Vorerben gestaltet habe. Auch er übersieht, daß das Vermögen als ein Einbegriff keine Veränderung erleidet und der Ersatzberufene bei Ausschlagung des zunächst Berufenen mit demselben Recht als Rechtsnachfolger sowohl des Erblassers, als auch des zunächst Berufenen anzusehen wäre; eine Folgerung, die Kipp selbst nicht zieht.

105) Meyer § 41 Anm. 13; Strohal § 28.
106) Kipp-Wolff § 92 II.

Für die herrschende Meinung dagegen spricht folgender Gesichtspunkt: Die Erbenstellung des Nacherben beruht auf dem Willen des Erblassers. Auf Grund seiner Willenserklärung empfängt er die Erbschaft. Er hat allen Nachlaßverpflichtungen, die sich aus der Beerbung ergeben, nachzukommen. Sonstige Verpflichtungen, insbesondere solche aus Verwaltungshandlungen des Vorerben, gehen auf ihn nicht über. Rechte, die infolge des Zusammentreffens von Gläubiger und Schuldner in der Person des Vorerben erloschen sind, gehen auf den Nacherben über; dieser erwirbt somit Rechte, die der Vorerbe nicht besessen hat, er kann also auch nicht sein Rechtsnachfolger sein. Schließlich setzt die Erbfolge im heutigen Recht den Tod des zu Beerbenden voraus. Ist dagegen der Eintritt der Nacherbfolge an ein sonstiges Ereignis geknüpft, so würde ein Lebender nach Ansicht Kipps und Hellwigs beerbt werden. Diese Gründe sprechen m. E. überzeugend dafür, in dem Nacherben den Erben und Rechtsnachfolger ausschließlich des Erblassers zu sehen. Insoweit ergeben sich somit keine Bedenken gegen die Gültigkeit des obligatorischen Vertrages.

Der Umstand, daß der Nachlaß noch nicht dem Nacherben angefallen ist, ist für die Gültigkeit ohne Bedeutung. § 312 BGB. setzt nur voraus, daß der Erbfall noch nicht eingetreten ist. Unerheblich dagegen ist es, daß die Erbschaft noch nicht angefallen ist.

Auch aus der geschichtlichen Entwicklung ergeben sich keine Bedenken gegen die Gültigkeit des obligatorischen Vertrages. Es ist zwar in der ersten Kommission [107]) darauf hingewiesen worden, daß es zweckmäßig sei, Verträge über das Recht des Nacherben für nichtig zu erklären. Zur Begründung wurde geltend gemacht, daß erhoffte Erbschaften wenig geeignet seien, als Verkehrsobjekte zu dienen und deshalb ihre verfrühte Veräußerung unwirtschaftlich sei und nicht im öffentlichen Interesse liege. Man wollte indessen die Be-

[107]) Motive V S. 122.

schränkung der Vertragsfreiheit tunlichst vermeiden und sah daher davon ab, eine Verbotsbestimmung in dem ersten Entwurf aufzunehmen.

Der obligatorische Vertrag auf Übertragung des Mitnacherbenrechts ist daher für zulässig zu halten, auch bezgl. derjenigen Verträge, in denen die Verpflichtung zur Abtretung des Herausgabeanspruches oder zur Übertragung der einzelnen zukünftigen Rechte übernommen wird.

Hinsichtlich der Form der letzteren dürften sich kaum Schwierigkeiten ergeben, da sie formlos geschlossen werden können. Zweifelhaft dagegen ist die Frage bei den Verträgen, in denen die Verpflichtung zur Übertragung des Mitnacherbrechtes übernommen wird. Sollen die Vorschriften über den Erbschaftskauf Anwendung finden, so bedarf der Vertrag der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, und die Haftung regelt sich nach den Vorschriften der §§ 2371 ff. BGB. Eine direkte Anwendung der Vorschriften kommt jedoch nicht in Frage, denn § 2333 BGB. setzt nicht nur voraus, daß der Erbfall bereits eingetreten ist, sondern es wird außerdem verlangt, daß die Erbschaft dem Veräußerer bereits angefallen ist. Angefallen aber ist, wie oben bereits angeführt, die Erbschaft an den Nacherben vor Eintritt des Nacherbfalles jedoch noch nicht. Wilke[108]) erklärt die Vorschriften über den Erbschaftskauf für nicht anwendbar. Dies würde jedoch zu dem unbilligen Ergebnis führen, daß sich die Haftung des Nacherben nach den allgemeinen Vorschriften des Kaufes richten müßte. Mit Recht wird deshalb von dem Erfordernis des Anfalls der Erbschaft abgesehen und die Vorschriften analog auch auf die Fälle angewandt, in denen die Erbschaft noch nicht angefallen ist, vorausgesetzt nur, daß der Vertrag gültig ist.[109]) Auch auf

---

108) Wilke § 2371 Bem. 6; and. Ans. Kretzschmar Erbrecht § 35 Nr. 3; Planck Bem. 5 vor § 2371; Staudinger § 2371 Bem. 1. RG. Bd. 33 S. 295 ff.

109) Kipp § 100 II, 1.

den Nacherben finden daher die Vorschriften der §§ 2361 ff. analoge Anwendung. Der Vertrag bedarf somit der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

Strohal[110]) will bei den wegen Formmangels nichtigen Kaufverträgen des Nacherben den § 313 Absatz II BGB. analog anwenden und den Mangel der Form durch die spätere Übertragung als heilbar ansehen. Ihm ist zu entgegnen, daß sich § 313 BGB. als regelwidriges Recht darstellt und als solches keiner analogen Anwendung fähig ist.

§ 9. Die Annahme und Ausschlagung vor dem Eintritt des Nacherbfalles.

Für die wirtschaftliche Bedeutung der verschiedenen Verwertungsmöglichkeiten des Nacherbenrechtes ist es von Wichtigkeit, ob der Nacherbe bereits vor dem Eintritt des Nacherbfalles die Erbschaft wirksam annehmen kann.

Für den Mitnacherben wird die Frage allerdings nicht praktisch, denn nach der hier vertretenen Auffassung überträgt der Miterbe und damit auch der Mitnacherbe nicht nur seinen Anteil am Nachlaß, sondern seine gesamte Erbenstellung.[111]) Der Erwerber wird Miterbe bezw. Mitnacherbe und hat als solcher alle die einem Mit- bezw. Mitnacherben zustehenden Rechte; insbesondere verliert der Veräußernde sein Annahme- und Ausschlagungsrecht, das nunmehr auf den Erwerber übergeht.

Für die Verwertbarkeit des Alleinnacherbrechtes dagegen ist die Frage von Bedeutung. Die Stellung des Nacherben ist in § 2142 BGB. insoweit geklärt, als er bereits vor dem Eintritt des Nacherbfalles die Erbschaft ausschlagen kann. Eine entsprechende ausdrückliche Regelung der Annahme der Ebschaft fehlt. Es ergeben sich zwei Auslegungsmöglichkeiten:

---

110) Strohal II § 97 ff.

111) Kipp § 82 III.

1. Nur die Ausschlagung ist in § 2141 BGB. angeführt. Aus dem Schweigen bezgl. der Annahme folgt, daß der Nacherbe vor Eintritt des Nacherbfalles nicht annehmen kann.[112])
2. Die Ausschlagung ist deshalb allein in § 2142 angeführt, weil ihr besondere Bedeutung zukommt. Die Möglichkeit der Annahme vor Eintritt des Nacherbfalles ist als weniger wichtig und bereits aus § 1947 BGB. folgend nicht nochmals hervorgehoben.[113])

Gegen die zweite Ansicht ist vielfach geltend gemacht, daß die Vorschrift des § 1946 BGB mit einer derartigen Auslegung unvereinbar sei und § 1946 BGB. keine Anwendung finde.[114]) § 1946 gewährt dem Erben das Recht, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen. Obwohl die Vorschrift nur von dem Erben spricht, unterliegt es m. E. keinem Zweifel, daß sie auch auf den Nacherben Anwendung finden soll. Voraussetzung für ihre Anwendbarkeit ist nicht, daß der Nachlaß bereits dem Annehmenden oder Ausschlagenden angefallen sein muß, es genügt vielmehr, wenn nur der Erbfall eingetreten ist, § 1946 BGB. lautet einfach: Der Erbe kann die Erbschaft annehmen oder ausschlagen, „sobald der Erbfall eingetreten ist." Sollte für das Annahme- und Ausschlagungsrecht auch der Anfall der Erbschaft vorausgesetzt werden, so lag es nahe, dies im Wortlaut zum Ausdruck zu bringen und einfach statt der Worte: „Sobald der Erbfall eingetreten ist", die Fassung zu wählen: „Sobald der Nacherbfall eingetreten ist." Der Wortlaut des § 1946 BGB. läßt es somit zu, auch den Nacherben vor Eintritt des Nacherbfalles darunter zu verstehen.

---

112) Dernburg V H, 174; Herzfelder S. 407; P. Meyer S. 295 Anm. 2; Wäntig Z. Not.-V. S. 403 ff.

113) Binder I S. 106; Boehm S. 250; Cosack II § 376 Anm. 12a; Fromholz zu § 1946; Strohal I § 28a Anm. 3; Strohal II § 61a Anm. 1; Peiser S. 74; Wilke Fol. I zu § 2142.

114) Herzfelder Bem. I zu § 2142 St. 571.

Die Prüfung des systematischen Zusammenhanges führt zu demselben Ergebnis. So ist nach § 1946 BGB. eine Ausschlagung auf alle Beweggründe zulässig, die dem Erben zur Zeit der Erklärung bekannt sind, mithin auch auf diejenigen, bezüglich deren ein Anfall noch nicht erfolgt ist. Mit Recht ist daher allgemein anerkannt, daß ein Nachberufener schon vor dem Wegfall des Vorberufenen für den Fall, daß die Erbschaft an ihn kommen solle, annehmen oder ausschlagen kann.[115]). Der Wortlaut des § 1946 BGB. steht somit der Auffassung nicht im Wege, daß sich auch für den Nacherben das Annahme- bezw. Ausschlagungsrecht aus § 1946 BGB. ergibt.

Gegen die Ansicht, daß der Nacherbe bereits vor Eintritt des Nacherbfalles annehmen könne, spricht aber m. E. die Bestimmung des Gesetzes. In § 2142 BGB. ist dem Nacherben ausdrücklich das Recht eingeräumt, die Erbschaft auszuschlagen. Über das Annahmerecht schweigt das Gesetz und gibt damit zu verstehen, daß dem Nacherben nicht die Möglichkeit gegeben sein soll, bereits vor dem Eintritt des Nacherbfalles die Erbschaft anzunehmen.

Die Schriftsteller (vergl. Anm. 112), die in § 2142 nicht eine Ausnahme, sondern einen besonderen Anwendungsfall der Annahme und Ausschlagung sehen wollen, führen in ihrer Begründung die geschichtliche Entwicklung an. Bei der Bearbeitung des BGB. wurde aus dem ersten Entwurf zunächst der § 1832 (§ 2142 BGB.) übernommen und erst in einer späteren Bearbeitung der § 2033, der dem heutigen § 1946 entspricht. Eine Ausnahme von der Regel kann somit in der Bestimmung des älteren § 2142 BGB. von dem jüngeren § 1946 BGB. nicht erblickt werden. Es geht indessen m. E. zu weit, mit dieser bloßen Reihenfolge, in der die einzelnen Bestimmungen in das BGB. übernommen sind, eine Auslegung des Gesetzes zu rechtfertigen, die mit seinem Wortlaut in Widerspruch steht.

---

115) Kipp § 53, V; P. Meyer § 78.

Man hat ferner gegen die Ansicht, daß die Annahme des Nacherben erst mit dem Eintritt des Nacherbfalles zulässig ist, angeführt, daß das Schweigen des Gesetzes im § 2142 BGB. über die Annahme der Erbschaft nicht darauf beruhe, daß dem Nacherben das Annahmerecht versagt sei, sondern daß dem Nacherben ohne weiteres dieses Recht auf Grund des § 1946 BGB. zustehe. Das Ausschlagungsrecht sei, obwohl überflüssig, nochmals wegen seiner Bedeutung im § 2142 BGB. angeführt, bei dem minderwichtigen Recht der Annahme habe sich dieses erübrigt. Bei der heutigen Auffassung des Erbschaftserwerbes als eines gesetzlichen Anfalles mag zwar die Annahme nur als Verzicht auf die Befugnis aufzufassen sein, sich der Erbschaft wieder zu entäußern, und der Annahme in dieser Hinsicht eine mehr negative Bedeutung zukommen, während die Ausschlagung andererseits die Aufgabe eines bereits angefallenen Rechtes bedeutet und für die Haftung hinsichtlich der Nachlaßverbindlichkeiten von Bedeutung ist; es muß aber darauf hingewiesen werden, daß gerade die Annahme für die Verwertbarkeit des Nacherbenrechtes von großer Bedeutung ist und auch sonst an Wichtigkeit der Ausschlagung nicht nachsteht. Eine derartige Beweisführung ist daher nicht angängig.

Bezüglich des Annahme- bezw. Ausschlagungsrechtes des Nacherben ist somit folgendes festzuhalten: Der Mitnacherbe, der sein Nacherbrecht auf einen Dritten überträgt, verliert damit das Recht, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen. Dieses geht mit dem Nacherbenrecht auf den Erwerber über. Letzerer ist somit gesichert gegen eine Ausschlagung seitens des Veräußernden. In den sonstigen Fällen dagegen verbleibt dem Veräußerer bis zum Eintritt des Nacherbfalles das Recht, auszuschlagen. Dem Erwerber ist somit hier keine Sicherheit geboten,

§ 10. Schlußbemerkung.

Das Ergebnis der obigen Erörterungen läßt sich kurz dahin zusammenfassen: Der Alleinnacherbe kann die Herausgabesprüche abtreten. Er kann ferner die zukünftigen Forderungen und Rechte des Nachlasses übertragen und belasten, soweit die Vorschriften über die Übertragung und Belastung der verschiedenen Rechte dieses im einzelnen ermöglichen. Eine Pfändung an ihnen ist möglich.

Der Mitnacherbe kann ebenfalls die Herausgabeansprüche abtreten, ihm ist ferner die Möglichkeit gegeben, sein Anwartschaftsrecht zu übertragen und zu belasten. Auch eine Pfändung daran ist für zulässig zu halten.

Wirtschaftlich betrachtet sind die Verwertungsmöglichkeiten des Alleinnacherben gering. Die Verfügung über die zukünftigen Nachlaßforderungen verschafft dem Erwerber keine Sicherheit, da der Alleinnacherbe berechtigt bleibt, die Erbschaft auszuschlagen. Die Abtretung der Herausgabeansprüche ist deshalb von geringer Bedeutung, weil auch hier der Alleinnacherbe das Recht durch Ausschlagung vereiteln kann und außerdem der Alleinnacherbe seinerseits berechtigt bleibt, die Ansprüche geltend zu machen. Bezüglich der Abtretung der Herausgabeansprüche des Mitnacherben greifen dieselben Bedenken Platz wie beim Alleinnacherben. Wirtschaftlich von großer Bedeutung ist allein die Verfügung über das Anwartschaftsrecht des Mitnacherben, da letzterer durch die Verfügung sein Ausschlagungsrecht verliert und der Erwerber eine sichere Rechtsstellung erlangt.

Lebenslauf.

Am 24. April 1900 wurde ich in Oldenburg geboren. Nach Absolvierung der Oberrealschule in Delmenhorst hörte ich an den Universitäten in Jena, Göttingen und Marburg rechtswissenschaftliche Vorlesungen. Im Jahre 1926 bestand ich die erste juristische Prüfung beim Oberlandesgericht Cassel, war darauf im Oldenburgischen Vorbereitungsdienst und später beim städtischen Jugendamt in Bochum tätig. Seit Januar 1928 arbeite ich als juristische Redakteurin bei der Firma F. A. Brockhaus in Leipzig.